

طريقنا للخلاف في الفقه

بين الأئمة الأسلاف

تصنيف الشيخ الإمام العلاء العالم
محمد بن عبد الحميد الأسمدي (٥٥٢ هـ)

حفظه وعلّق عليه وبشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدنى
بكليات الشريعة والقانون بالجامعات العربية
ونائب رئيس محكمة النقض
(سابقاً)

مكتبة دار التراث
٢٢ شارع الجمهورية - القاهرة



طريقه الخلاف في الفقه

بين الأئمة الأسلاف

تصنيف الشيخ الإمام العلاء العالم
محمد بن عبد الحميد الأسمندى (٥٥٢ هـ)

حققه وعلق عليه ويشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدنى
بكليات الشريعة والقانون بالجامعات العربية
ونائب رئيس محكمة النقض
(سابقاً)

مكتبة
دار الشرائع
٢٢ شارع الجمهورية - القاهرة

الحقوق جميعها محفوظة للمحقق الناشر
الدكتور محمد زكي عبد البر

﴿ فَأَمَّا الزُّبْدُ فَيَنْذَهُبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَنَمُكْتُ فِي الْأَرْضِ ﴾

(الرعد : ١٧)

﴿ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾

(البقرة : ١٢٧)

فهرست مجمل

١ — كتاب الطهارة	١٢ — كتاب الوديعة	٢٣ — كتاب الوكالة
٢ — كتاب الزكاة	١٣ — كتاب العارية	٢٤ — كتاب الكفالة
٣ — كتاب الصوم	١٤ — كتاب الصيد	٢٥ — كتاب الحوالة
٤ — كتاب النكاح	١٥ — كتاب الهبة	٢٦ — كتاب الفساح
٥ — كتاب الطلاق	١٦ — كتاب السويع	٢٧ — كتاب الرهن
٦ — كتاب العتاق	١٧ — كتاب الصرف	٢٨ — كتاب الأثرية
٧ — كتاب الأيمان	١٨ — كتاب الشفعة	٢٩ — كتاب الإكراه
٨ — كتاب الحدود	١٩ — كتاب الإجازات	٣٠ — كتاب الحجر
٩ — كتاب السرقة	٢٠ — كتاب الشهادات	٣١ — كتاب المأذون
١٠ — كتاب السم	٢١ — كتاب الدعوى	٣٢ — كتاب الجنائيات
١١ — كتاب القصب	٢٢ — كتاب الإقرار	

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم^(١)

للأستاذ الجليل الشيخ على الحنيف أستاذ الشريعة
الإسلامية بكلية الحقوق بجامعة القاهرة ووكيل تلك
الكلية سابقاً

من خير ما يقدم المرء لأمة أن ينشر بعض ما طواه الزمن من تراث علمي كان فيما مضى ركناً من أركان نهضتها ومظهرها من مظاهر عزتها وحضارتها وثرة يانعة من ثمار حياتها وثقافتها .

وخير ما يخبئه ويعلنه من ذلك ما كان متصلاً بحياتها الاجتماعية وروابطها الاقتصادية والسياسية يقوم عليه أمها وتطبيب به حياتها وذلك هو الفقه .

ولقد كان الفقه الإسلامي من أهم الأسس والعوامل التي ساهمت في بناء الأمة الإسلامية وتكوين حضارتها واتساع عمراتها وامتداد سلطاتها وانضواء الشعوب المختلفة تحت لوائها ، لأنه فقه يقوم على العدالة ويشرع الحقوق ويصونها ويكفل الحرية ويلائم الفطر السليمة ويزيل الفوارق ويقضي على الطبقات ويسير التطور ويمسك بالأصول والقواعد العادلة ، لا تسيطر عليه شهوات الأفراد ولا أطماع الأحزاب والجماعات ولا يخضع لهوى الأمراء والرؤساء ، ذلك بأنه مستمد من شرع لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ، وإرشاد من رسول أمين لا ينطق عن الهوى ولا يحيد عن الحق ، فجاء أول ما جاء ثابت القواعد راسخ الأساس سليم المبادئ صحيح

(١) كتبه أستاذنا الجليل المغفور له الشيخ على الحنيف تقديماً لكتاب « تحفة الفقهاء » لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) وأعدنا نشره في « ميزان الأصول في نتائج العقول — المختصر » تحقيقاً ونشرنا . وما نحن نعيد نشره في هذا الكتاب لفائدته وتحيية لذكرى أستاذنا الجليل طيب الله ثراه وجعل الجنة مثواه .

النتائج متفقاً مع الأعراف الصحيحة والعادات الحسنة والأخلاق الكريمة ، يهدف إلى الإصلاح لا الهدم ، ويدعو إلى السمو وينأى بجوانبه عن الركود والقعود .

ولقد كان هذا الفقه وليداً لقيام الدولة الإسلامية وظهور دينها ، منه استمدت أصوله وأحكامه ، وبقدر حاجتها تعددت فروعها وامتدت أغصانه ، فكأن في عهده الأول على قدر الحاجة إليه حلولاً لما حدث من مسائل وما اشترج من خلاف وما وجد من نزاع في تلك البيئة القصيرة المدى المحدودة الرقعة المتقاربة الأركان البدوية الحياة الخشنة العيش المتجانسة الميول والعادات ، حتى إذا نعم عيشها ونما ثراؤها واتسعت أطرافها وامتدت حدودها فشملت أقطاراً وضمت أمماً ودولاً تختلف في عاداتها وتقاليدها ومعيشتها وأنظمتها^(١) وأقاليمها وأجوائها ، نما الفقه الإسلامي ببنائها واتسع باتساعها وامتدت فروعها بامتداد حدودها وآتى أكمله وبدأت حلوله تقوم على أصول تدرس وترتد إلى قواعد تبحث ومبادئ تؤسس وعندئذ تم للفقه الإسلامي نموه واكتمل له ازدهاره فتنوعت بحوثه وتفرعت مسأله واتسعت جوانبه وامتدت حدوده وتعددت فروعها .

كان الفقه الإسلامي أول ما وجد عبارة عن طائفة من الأحكام والفتاوى التي صدرت من الرسول صلوات الله وسلامه عليه فيما عرض عليه من خلاف وما استفتى فيه من مسائل لا يتجاوزها إلى غيرها وكان فيها حاجات الناس يومئذ وكان وجوده بينهم كفيلاً بتكميل أى نقص وسد أية حاجة ، فإذا حدث ما لم يكن قد رفع إليه فزعوا إليه فقضى بينهم فأسلموا لقضائه ولم يكن لهم فيه حيرة ولا عنه عيب .

ثم انضم إلى هذه الطائفة بعد وفاته ﷺ ما استنبطه أصحابه من أحكام وفتاوى لما استجد من الحوادث وما نزل بهم من وقائع مما لم يحدث ولم ينزل بهم في زمنه ﷺ مسترشدين بأحكامه وفتاويه التي حفظوها عنه مستهدين بهديه حين كان يشرع لهم ويقضى بينهم ويجهد لهم .

وكانت هذه الطائفة من الأحكام تمتاز عن الأولى بالكثرة وتعدد الآراء ووجود الخلاف

(١) جمع « أنظومة » أى الأنظمة أو النظم (القاموس والمعجم الوسيط) .

وكان أصحابها يعملون بما يظن أنها توافق حكم الله وإن احتملت أن تكون على خلافه - وكان وجود الخلاف نتيجة لتعدد المقتين وعدم عصمتهم واتساع الدولة الإسلامية بدخول بلدان وأمم غير عربية في الإسلام .

ثم انضم إلى هاتين الطائفتين بعد ذلك طائفة ثالثة من الأحكام والفتاوى صدرت عن تلاميذ الصحابة من التابعين وتابعهم ممن درسوا على الصحابة وأخذوا الفقه عنهم أو عمن أخذ عنهم . ثم جاء بعد هؤلاء من الفقهاء والأئمة المجتهدين من فرغ لدراسة الفقه واستنباط قواعده ووضع أصوله ومبادئه ، ورد الأحكام والفتاوى الموروثة إليها ، وتفريع المسائل المختلفة عليها ، ووضعت فيه المؤلفات ونظمت المناظرات حتى كان من كل ذلك نتاج طيب لا تفارقه جدته ولا تذبل نضرتة ولا ينقطع مدده ، يتسع لحاجات كل أمة ويسير تطور كل زمن ولا يستعصى عن الاستجابة إلى المصالح ، وكان له في الأمة الإسلامية آثاره المحمودة في حياتها الاجتماعية ونهضتها الثقافية ووحدةها السياسية ومكانتها الخلقية - إلى أن كان من الحوادث والتوازل ما شغل الناس فصرفهم عنه وتركوا العمل به والبحث فيه وادعى العلم به بعد ذلك جهلة اتخذوه مرتوقاً ووسيلة إلى المال والتقرب من الأئمة والحكام واكتساب الجاه من ذلك التقرب ، فوصوه بما هو براء منه ولوثوه بأرائهم وأقوالهم وأفعالهم ، ونسبوا إليه النقص بسوء سياستهم ، فكان ذلك حججاً حجية عن الناس حقاً طويلة ، وساعد على ذلك ظهور عصبية عمياء لآراء لا تقوم على حجة ، وأحكام لا تستند إلى دليل ولا تصلح للناس ، وكان من وراء ذلك خلافات أدت إلى فرقة فرقت بين الناس بقدر ما حدث بينهم من خلاف وما تعدد من مذاهب إلى أن استقر الأمر أخيراً لبعضها وتدرس باقيها فلم يبق منها إلى اليوم من له مكانة وأتباع سوى مذهب أبى حنيفة ومذهب مالك بن أنس ومذهب الشافعي ومذهب أحمد ومذهب الزيدية ومذهب الإمامية الإثني عشرية وقد يضاف إلى ذلك مذهب الإباضية أتباع عبد الله بن إياض الخارجى .

وهذه المذاهب هي مذاهب الجمهور الإسلامي في جميع الأقطار ، وقف عند اتباعها ونفذ ما عداها وحاق من عمل بغيرها على ما قد يكون له من قوة في الدليل وما قد يكون فيه من صلاحية وملاءمة للزمن يترفيه على الناس ، وذلك منهم تعصباً بدون

حجة وابتداعاً وتركاً للسنة إذ لم يكن معروفاً في عهد السلف الصالح بل ولا في عهد أصحاب هذه المذاهب نفسها . ذلك لأنهم لم يجتهدوا ولم يستنبطوا ليحملوا الناس على اتباعهم ونقلدهم بل كان للناس يومئذ الحجة في استغناء من يشاعون عن بطعن إليهم أنفسهم وإلى العمل بفنيائهم ضمائرهم حين لا يستطيعون أن يصلوا إلى حكم الله باجتهدهم ونظرهم .

كان كل ذلك سبباً في دفن هذا التراث المجيد وترك الأثرية عليه مع طول الزمن حتى خفى على كثير من الناس وبعد على المشتريين منهم إلى هذا الوقت إذ ظهرت النهضة العلمية والفقهية الإسلامية في البلاد الشرقية وخاصة مصر نيحة نحو الوعي القومي فيها وبعث الحركة العلمية والثقافية والتلفت إلى الماضي المجيد والرغبة في رسمه مع تنويع الفكرة الاستقلالية والشعور بالحاجة إلى التكلل الإسلامي دفعاً لسلط الأجنبي وضيمه واضطهاده واستغلاله وظهور الرغبة في توجيه البلاد الإسلامية إلى تهيئة أسباب الوحدة بينها في الثقافة والتشريع والاقتصاد والسياسة العامة وليس أصحاح لوحيد القانون فيها من الالتحاء إلى الفقه الإسلامي واتخاذها أساساً لقوانينها ، منه اسمداها وعليه يكون قيامها .

عن كل هذا نظر الناس إلى ماضيهم قرأوا سنا الفقه الإسلامي ونوره يشع من تحت ما برآهم فوهم من أنقاض فأخذ الفقهاء في بعثه وبوطىء أكنافه وعبيد سبله وإظهاره للناس بثوب بهي قشيب حتى يكون لهم مه في حاضرهم مستمد لتشريعهم ومعين لقوانينهم بدلاً من الالتجاء إلى شريع أجنبي عنهم لم يوضع لهم ولا يتلاءم مع ماضيهم وحاضرهم ولا يتفق مع أخلاقهم وعاداتهم ولا ينمى مع معتقداتهم ونقائدهم .

ولقد بدأت هذه الحركة المباركة بوضع قوانين مصرية في بعض مسائل الأسرة ومشاكلها لم ينقيد فيها واضعها بمذهب أى حنيفة الذى كان عليه العمل في مصر فوضع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى أحكام نفقة الزوجية والعدة والتطليق للعجز عن النفقة والتفريق بعب في الزوج وأحكام المفقود ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى أحكام الطلاق والتطليق للضرر ولغنية الزوج وحبه وبعض أحكام النسب والعدة والمهر

وسن الحضانة وبعض أحكام المفقود ، ووضع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ في بعض مسائل الأوقاف مما جأر فيه الناس بالشكوى وطلبوا الخلاص منه ، ووضع القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في أحكام الوصية ووضع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ في أحكام الميراث ، وألفت لجان لوضع قانون عام في مسائل الأحوال الشخصية وهي مرحلة جديدة خططها مصر وانتقلت منها إلى بعض البلاد الشرقية كسورية فوضع فيها قانون في الأحوال الشخصية « الزواج والطلاق والعدد والنسب والحضانة والرضاع والأهلية والنيابة المالية والوصية والميراث » وتونس فوضع فيها قانون لمسائل الأحوال الشخصية . وإنما مرحلة تؤذن بعهد جديد في البلاد الشرقية : عهد توحيد التشريع فيها وسن القوانين لها على أسس من الشريعة الإسلامية شريعة الأسلاف والأوطان ومصدر كثير من العادات والتقاليد والأخلاق - عند ذلك يعود لهم مجدهم وتقوى وحدتهم ونشدت لإصرتهم وتجمع كلقتهم فترجع إليهم قوتهم ويعود لهم سلطانهم ويتم لهم استقلالهم في شتى نواحي جهودهم ومضطربهم في هذه الحياة حياة الجد والكفاح والمثابرة والقوة والسلطان والغلب .

وإن في قيام الدكتور محمد زكي عبد البر بإخراج هذا الكتاب - كتاب نعمة الفقهاء لعلاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي من فقهاء القرن السادس الهجري ونشره في الناس - سليما ، محققاً ، مضبوطاً - لمساهمة منه محمودة في بناء هذه النهضة الفقهية المباركة المرتقبة الثمرة نهضة لإحلال التشريع الإسلامي على وضعه الصحيح في البلاد الشرقية محل التشريع الوضعي الغربي وخاصة إذا لوحظ أن ذلك قد جاء في عهد عُهد فيه بالقضاء في مسائل الأحوال الشخصية على وفق الشريعة الإسلامية إلى رجال القانون الوضعي - قضاة المحاكم المصرية - فكانوا بسبب ذلك في حاجة إلى الرجوع والنظر في كتب الشريعة والانصال بالفقه الإسلامي والتزود منه والتعرف بأصوله وحكمه وأغراضه - وكل هذا يحتاج إلى كتب في الفقه جامعة ميسرة لا يمل طولها ولا يفوت الغرض بسبب إنجازها . ولذا كان الدكتور محمد زكي عبد البر موقفاً حين احتار هذا الكتاب وحين اتجهت نفسه في هذا الوقت إلى نشره ، فالكتاب من ناحية موضوعه مجموعة قيمة من

الشافعي فيها أحياناً ومذهب مالك أحياناً أخرى على وضع تجنب فيه مؤلفه الطول الممل والاختصار المختل .

وهو من ناحية تزنييه وعرضه للمسائل وفريعتها وردها إلى أصولها أقرب ما يكون إلى ما انتهى إليه التأليف في العصر الحاضر من اسعراض لمسائل الأبواب جملة وزنيها نزيهاً منطقياً تقودك فيه كل مسألة إلى المسألة التي يليها بحث تخدها متصلة بها وبما قلها كاتصال الحلقة في السلسلة فلا تكاد تستغر في الباب بانقثال مفاجيء من موضوع إلى آخر لا يتصل به بل تحس كأنك لا تزال في موضوعك الذي بدأنه وذلك ما يعين على جمع الفكر واتصال التثر وفهم الموضوع واستيعابه من جميع أطرافه .

وهو من ناحية أخرى سهل الأسلوب بين العبارة لا تشعر فيه بتعقيد ولا بخفاء بل يلازمك ما قرأت فيه ظهور المعنى وجلاء المراد ووضوح الغرض .

لهذا كان اختيار الدكتور محمد زكي عبد البر اختياراً موفقاً إذ أنه بهذا الاختيار أتاح لمن لم يتعود القراءة في الكتب الفقهية ولم يرن على أسلوبها الاصطلاحي أن يأخذ منه الفقه الإسلامي وأن يتفهم مسأله ، كما أتاح للمعاهد العلمية الإسلامية فرصة اختيار كتاب قيم للدراسة فقه أئى حنيفة باستيعاب غير ممل وأن تجد فيه طلبتها من ناحية الترتيب وسهولة العبارة وحسن العرض مما يوفر الزمن لطالب البحث ويجنبه أن يضيعه في فهم الأساليب وحل رموزها وتفهم عبارتها والكشف عما يراد منها .

وإلى لأرجو إذا تم طبعه أن يسر للناس البحث فيه بوضع فهرس له تفصيلية على المخط العصري المعروف في كتب الفقه الوضعى . إنه بذلك يستحق شكراً فوق شكر وثناء بعد ثناء ويخدم الفقه الإسلامى خدمة لا تقل عن خدمته في نشر هذا الكتاب .

هذا وإذا كان الدكتور محمد زكى عبد البر قد قام بهذا العمل الحليل في محيط الفقه الإسلامى فاستحق عليه الشكر ، فإنه إلى ذلك قد ضرب لزملائه وأقرانه من رجال القانون خير مثل وسن لهم أحسن سنة في الإقبال على البحث في الفقه الإسلامى ونشر

كتبه القيمة المفيدة التى أُنقِ عليها الزمن فخبأ نورها وزال من بين الكتب المعروفة اسمها - ففى ذلك إثماء لتقافتهم التشريعية وإعلاء لمنزلتهم القانونية وإطهار لكنوز أسلافهم التشريعية - وفق الله رجال القانون إلى إحياء الفقه الإسلامى ونشره وإلى خدمته وبعثه .

القاهرة فى يناير سنة ١٩٥٦ م

على الخفيف

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

منذ سنين وفقنا الله ، جل وعلا ، وأمدنا بفيض من حوله وقوته ، فضلاً منه ونعمة - فحققنا ونشرنا ، لأول مرة ، كتابين عظيمين ، لرجل عظيم . أحدهما في « الفقه » والآخر في « أصول الفقه » . أما الكتاب الأول فهو « تحفة الفقهاء » . وأما الثاني فهو « ميزان الأصول في نتائج العقول - المختصر » وكلاهما من تصنيف الشيخ الإمام علاء الدين شمس النظر أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي أجد السمرقندي المتوفى سنة ٥٣٩ هـ . متعه الله من علمه .

واليوم يتولى علينا فضل الله - جل وعلا - فننشر لأول مرة أيضاً - على التعاقب - بعد التحقيق والتعليق كتابين عظيمين لرجل عظيم آخر . والكتابان في العلمين السابقين نفسهما : « الفقه » و « أصول الفقه » . والرجل من المنطقة نفسها ، السخية بعلمائها : سمرقند . في الزمن نفسه : منتصف القرن السادس الهجري مما دعا إلى الخلط بينهما ، أو الجمع بين إنتاجهما العلمي الخصب ونسبة بعضه خطأ إلى أحدهما . أما الكتاب الأول الذي ننشره الآن فهو « طريقة الخلاف بين الأئمة الأسلاف » . وأما الكتاب الثاني الذي سيعقب هذا إن شاء الله فهو على الخلاف في اسمه - كما سيأتي في مقدمة نشره - « بذل النظر في أصول الفقه » أو « الميزان في أصول الفقه » أو « أصول الفقه » .

وأما الرجل فهو محمد بن عبد الحميد الأسمندي السمرقندي ، نور الله ضريحه . ويلاحظ - منذ البداية - أنه لم يحظ بمثل ما حظى به الأول (علاء الدين محمد بن أحمد السمرقندي المتوفى سنة ٥٣٩ هـ) من شهرة وذويع صيت مع الاعتراف بعلمه وفضله . ولعل مرجع ذلك إلى طبع كل منهما فأحدهما منبسط على الناس والآخر منطوي على نفسه وعلمه وتفكيره - فطرة الله . وفي كل خير .

ونقدم لهذا الكتاب « طريقة الخلاف » بكلمات أربع :

الأولى - عن المؤلف .

والثانية - عن الكتاب .

والثالثة - عن منهجنا فى النشر .

والرابعة - عن منهج المناظرة .

ونرجع فى ذلك إلى المصادر الأصلية . وقد نشرناها فى آخر الكتاب مرتبة حسب تاريخ وفاة المؤلف .

وننبه إلى أننا نكتفى غالباً - فى هذه الكلمات - بذكر اسم المؤلف أو الكتاب ، دون ذكر رقم الجزء أو الصفحة ، لأن الترجمة فيها لا تستغرق أكثر من صفحة أو صفحتين ، وموضعها معروف مشار إليه فى سجل المراجع . وعلى كل فسهل الوصول إليها فى كتب التراجم والطبقات حيث الترجمة مرتبة وفقاً للترتيب الهجائى لاسم المؤلف أو الكتاب ، مع الاهتمام فى الطبقات الحديثة المحققة لهذه الكتب بإيراد عدة فهارس ، بالأسماء والأنساب والكنى إلخ مما ييسر الوصول إلى الترجمة المطلوبة .

وننبه أيضاً إلى أننا قد نطيل فى أمر المؤلف حيث قد يكفى الإيجاز ، إمعاناً فى التصرف به ، وإظهار فضله ، لعدم انتشار ذكره . فلم يذكره مثلاً : الشروانى فى طبقات الإمام الأعظم أبى حنيفة (المخطوط ٨٤٣ تاريخ بدار الكتب المصرية) ولا ابن كمال باشا فى « طبقات فقهاء الحنفية » (المخطوط ١٥١٢ تيمور تاريخ بدار الكتب المصرية) وكى يعيننا ذلك على نفى ما وصم به مما سيأتى بيانه .

ونحن نؤثر الترتيب التاريخى فى كل ما نعرض ما استطعنا إلى ذلك . وقد نكون التزمنا فى ذلك لزوم ما لا يلزم مما أتعبنا كثيراً ، ولكنه الحرص على بلوغ الكمال ما أمكن . والله الموفق والهادى إلى أقوم سبيل : ﴿ رَبَّنَا ثَقِِّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ ﴾ .
والرابعة - لما كان المؤلف قد اتبع فى هذا الكتاب أسلوب المناظرة ، رأينا أن نضيف إلى هذه المقدمة « منهج المناظرة » نقلاً عن علاء الدين السمرقندى من كتابه « ميزان الأصول فى نتائج العقول - المختصر » ص ٧٦٣ - ٧٧٣ .

(أولا) المؤلف

نتكلم فيما يلي على :

- ١ — تاريخ مولده ووفاته . ٢ — اسمه . ٣ — أسرته .
- ٤ — نعته . ٥ — كتيبه . ٦ — نسبته .
- ٧ — بلده . ٨ — أوصافه العلمية . ٩ — مشايخه .
- ١٠ — تلاميذه . ١١ — صحبه . ١٢ — رحلاته .
- ١٣ — مؤلفاته . ١٤ — وصتان لا دليل عليهما .

١ — تاريخ مولده ووفاته :

ولد المؤلف رحمه الله بسمرقند سنة ٤٨٨ هـ .
وتوفى ببخارى سنة ٥٥٢ هـ^(١) (أو ٥٥٣ هـ) وهو ابن ٦٤ سنة . وقيل إنه توفى
سنة ٥٦٣ هـ^(٢) .

٢ — اسمه :

اختلف في اسمه . وخطط البعض بينه وبين علاء الدين محمد بن أحمد بن أبي أحمد
السمرقندى صاحب « تحفة الفقهاء » و « ميزان الأصول في نتائج العقول » المتوفى
سنة ٥٣٩ هـ .

والانفاق بين أصحاب التراجم والطبقات أنه « محمد بن عبد الحميد » وهو ما جاء
في أول كتاب أصول الفقه له (خطبته) وعلى الخلاف . ففى الصفحة الأولى من

(١) كذا قال القرشى في الجواهر ، ٢ : ٧٤ - ٧٥ . والميرزابادى والكفوى . ولى ابن
قطلوغا ، تاج التراجم ، ص ٥٦ ، أنه ولد سنة ٤٠٨ هـ . والظاهر أنه خطأ مطبعى . وأنه توفى
سنة ٥٥٢ هـ .

(٢) كذا قال العيني في عقد الجمان ، والأتابكى في النجوم الزاهرة ، ٥ : ٣٧٩ : أنه توفى
سنة ٥٦٣ هـ .

الكتاب (أصول الفقه — ص ١ من المخطوطة) : « قال الإمام الأجل الكبير الأستاذ الشيخ الإمام علاء الدين عالم علماء الشرق والصين محمد بن عبد الحميد رحمه الله ... » وعلى الغلاف « كتاب الميزان في أصول الفقه تأليف الشيخ الإمام الأجل العالم علاء الدين عالم علماء الشرق والصين محمد بن عبد الحميد السمرقندي نور الله ضريحه ... » .

ونجد المزيد في قول السمعاني (أبو سعد عبد الكريم — ٥٦٢ هـ) ، وكان معاصراً له وبينهما لقاءات ، في « الأنساب » إنه : أبو الفتح محمد بن عبد الحميد بن الحسين ابن الحسن بن حمزة الأسمندي يعرف بالعلاء العالم من أهل سمرقند « (١) » .

(١) وقال ابن الجوزي (٥٩٧ هـ) في المنتظم : « محمد بن عبد الحميد بن الحسن أبو الفتح الرازي » .

وقال ابن الأثير (٦٣٠ هـ) في اللباب : « أبو الفتح محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين الأسمندي » .

وقال الصفدي (٧٦٤ هـ) في الوافي بالوفيات : « محمد بن عبد الحميد بن الحسين بن الحسن أبو الفتح الأسمندي السمرقندي » .

وقال ابن كثير (٧٧٤ هـ) في البداية والنهاية : « محمد بن عبد الحميد بن أبي الحسين أبو الفتح الرازي المعروف بالعلاء العالم » .

وقال القرشي (٧٧٥ هـ) في الجواهر . والفيروزآبادي (٨١٧ هـ) في المرقاة الوفية : « محمد ابن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين بن حمزة أبو الفتح الأسمندي » .

وقال ابن حجر (٨٥٢ هـ) في لسان الميزان : « محمد بن عبد الحميد السمرقندي الملقب بالعلاء العالم » .

وقال العيني (٨٥٥ هـ) في عقد الجمان : « محمد بن عبد الحميد بن أبي الحسين أبو الفتح الرازي المعروف بالعلاء العالم » .

وقال الأتاكبي (٨٧٤ هـ) في النجوم الزاهرة : « محمد بن عبد الحميد أبو الفتح علاء الدين الرازي السمرقندي » .

وقد أكرمنا من النقول في الهامش لبيان مدى الاختلاف في اسمه . ولعلنا لو تابعتنا
النقول عن أصحاب التراجم والطبقات الآخرين لوجدنا مزيداً من الخلاف في اسمه واسم
آبائه وكنيته ونسبه . ونكتفي بالإشارة إلى أن الغالبية على أنه « محمد بن
عبد الحميد » . وفي ابن العماد (٧٨٩ هـ) في الشذرات ، وفي العيني (٨٥٥ هـ)

= وقال ابن قطلوبغا (٨٧٩ هـ) في تاج التراجم : « محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين
ابن حمزة أبو الفتح المعروف بالعلاء الأحمدي » .

وقال السيوطي (٩١١ هـ) في طبقات المفسرين : « محمد بن عبد الحميد بن الحسين بن
الحسن بن حمزة أبو الفتح الأحمدي السمرقندي المعروف بالعلاء العالم » .

وقال اللكنوي (٩٩٠ هـ) في كتاب أعلام الأخيار : « شيخ الإسلام علاء العالم علاء الدين
أبى حامد محمد بن عبد الحميد بن الحسين أبو الفتح الأسفندي (؟) السمرقندي » .

وقال الحميقي (١٠٥٥ هـ) في الطبقات السنية : « محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن
الحسين بن حمزة أبو الفتح الأسفندي (؟) » . وظاهر أن هناك خطأ مطبعياً في الكلمة الأخيرة
والصحيح : « الأحمدي » . وقال أيضاً : « محمد بن أحمد الإمام أبو بكر الأصولي المنصوت علاء
الدين له في الأصول كتاب سماه « ميزان الفصول (؟) في نتائج العقول على مذهب أبى حنيفة »
ولعله يقصد محمد بن أحمد علاء الدين السمرقندي صاحب « تحفة الفقهاء » و « ميزان الأصول
في نتائج العقول » وقد وقفنا الله لتحقيقهما ونشرهما . وهو غير هذا المؤلف .

وقال القاري (١٠١٤ هـ) في طبقات الحنفية إنه : « محمد بن عبد الحميد الأحمدي
السمرقندي يعرف بالعلاء العالم » .

وقال حاجي خليفة (١٠٦٧ هـ) في كشف الظنون عند كلامه على « عيون المسائل في فروع
الحنفية » ، ٢ : ١١٨٧ : « ذكر ابن الشحنة أنه محمد بن عبد الحميد الأحمدي المعروف بالعلاء
العالم شرح عيون المسائل لأبى الليث » . وفي كلامه على « منظومة النسفي » ، ٢ : ١٨٦٧ ذكر
أنه « شرحها الأحمدي المعروف بالعلاء العالم » وفي كلامه على « مختلف الرواية » ، ٢ : ١٦٣٦
قال : « الإمام علاء الدين محمد بن عبد الحميد » . ولعله يقصد بـابن الشحنة محمد بن محمد بن
محمد بن محمود بن غازي التقفي أبو الفضل (٨٠٤ — ٨٩٠ هـ) ولعل المقصود كتابه « طبقات
الحنفية » في عدة مجلدات . انظر : البغدادي ، هدية العارفين . والزركل ، الأعلام .

وذكر ابن العماد (١٠٨٩ هـ) في شذرات الذهب أنه « أبو الفتح محمد بن عبد المجيد =

في عقد الجمان أنه « محمد بن عبد الحميد ». وفي اللكنوى (١٣٠٤ هـ) في الفوائد البهية أنه « محمد بن عبد الرشيد ». ولعل فيها تحريفاً عن « عبد الحميد ». والله أعلم .

= السمرقندى . وكان كذلك في أصل النجوم الزاهرة (طبعة دار الكتب المصرية ، ١٣٧٩)
وصوب إلى « عبد الحميد » .

وذكر اللكنوى (١٣٠٤ هـ) في الفوائد البهية : « محمد بن عبد الرشيد بن الحسين علاء الدين أبو حامد السمرقندى الأحمدي » . ونقل عن « الأنساب » أنه « أبو الفتح محمد بن عبد الحميد بن الحسين بن الحسن بن حمزة ويعرف بالعلاء العالم » وقال إن اللكنوى ذكر أنه « محمد بن عبد الحميد في ترجمة الأشرف » ونقل عن القاري (المتقدم) أنه « محمد بن عبد الحميد الأحمدي السمرقندى يعرف بالعلاء العالم » ولعل « عبد الرشيد » تحريف لـ « عبد الحميد » .

وذكر إسماعيل البهنادى (١٣٣٩ هـ) في هدية العارفين أنه « محمد بن عبد الحميد بن الحسن ابن حمزة الأحمدي علاء الدين أبو بكر السمرقندى » . وفي إيضاح المكنون : « بذل النظر في الأصول لعلاء الدين أبى بكر محمد بن عبد الحميد الأحمدي السمرقندى » . وذكر أيضاً في إيضاح المكنون ، ٢ : ٦١٣ : « ميزان الفصول في تاريخ العقول — من أصول الفقه لعلاء الدين أبى بكر محمد بن أحمد الأصول الحنفى المتوفى سنة ... » ؟ ولعله يقصد هنا « ميزان الأصول في نتائج العقول » لعلاء الدين السمرقندى محمد بن أحمد بن أبى أحمد صاحب « التحفة » أيضاً ، فيكون هناك تحريف في اسم الكتاب .

وذكر كحالة (؟) في معجم المؤلفين أنه « محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين بن حمزة الأحمدي السمرقندى علاء الدين أبو الفتح » وذكر تاريخ ميلاده ووفاته كذا : « ٤٨٨ — ٥٦٣ هـ . ١٠٩٥ — ١١٦٥ م » وهذا ما جاء في ج ١٠ ص ١٣٠ ولكن جاء في ص ١٦٥ من الجزء نفسه : « محمد الأحمدي ٤٨٨ هـ — ١٠٩٥ م » : « محمد بن عبد الرشيد بن الحسن ابن الحسين السمرقندى الأحمدي الحنفى (علاء الدين أبو حامد) فقيه مفسر من آثاره » تعليقه في مجلدات وتصانيف في الخلاف والتفسير » وأشار إلى اللكنوى ، الفوائد البهية ، ١٧٦ والرجوع إلى الفوائد البهية نجد العبارة نفسها : « محمد بن عبد الرشيد بن الحسين بن الحسن بن حمزة ويعرف بالعلاء العالم » وقد تقدم . وبلاحظ أن ما ذكره كحالة ثانياً هو تاريخ الميلاد لا تاريخ الوفاة (٤٨٨ هـ — ١٠٩٥ م) .

وذكر الزركلى (؟) في الأعلام أنه « محمد بن عبد الحميد بن الحسين بن الحسن بن حمزة الأحمدي السمرقندى أبو الصبح علاء الدين »
=

٣ - أسرته :

لم تحدثنا كتب التراجم والطبقات التي رجعنا إليها - على تعددها - عن أسرته : عن زوجته وأولاده كما حدثتنا عن علاء الدين السمرقندي وبنته « فاطمة » وزوجها « علاء الدين الكاساني » فضلاً عن الأئمة : أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل وكثير من الفقهاء .

٤ - نعته :

قال البعض إنه « المعروف بالعلاء العالم »^(١) .

وقال البعض إنه « المعروف بالعلاء »^(٢)

وقال البعض إنه « العلاء السمرقندي »^(٣) .

وقال البعض إنه « علاء الدين »^(٤) .

= وفي فهرست دار الكتب المصرية عند الكلام على « مختلف الرواية » ، ١ : ٤٦١ أنه تأليف « علاء الدين محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين بن حمزة أبي الفتح الأسعدي المعروف بالعلاء السمرقندي » .

وفي فهرست مكتبة قولة بدار الكتب المصرية عند الكلام على « طريقة الخلاف بين الأئمة » ، ١ : ٣٦٨ أنه تأليف « علاء الدين محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين المعروف بالعلاء السمرقندي » .

وفي بروكلمان ، ١ : ٤٦٣ : « محمد بن عبد الحميد الأسعدي » .

(١) السمعاني - ابن الخوزي - ابن كثير - المعين - ابن قطلوبغا - السيوطي - الداودي - اللكنوي - حاضي خليفة عند كلامه على « مختلف الرواية » وعلى « عيون المسائل » وعلى « الهداية في الكلام » وعلى « منظومة السفى في الخلاف » .

(٢) الصفدي .

(٣) الصفدي .

(٤) الأناسكي - الكفوي - حاضي خليفة - اللكنوي - إسماعيل البعدادي .

٥ - كنيته :

قال البعض إنه « أبو الفتح »^(١) .

وقال البعض إنه « أبو حامد »^(٢) .

وقال البعض إنه « أبو بكر »^(٣) .

٦ - نسبه :

قال البعض إنه « الأسمندي » نسبة إلى أسمند (بفتح الهمزة أو ضمها على الخلاف) وهي قرية من قرى سمرقند^(٤) .

وقال البعض : « السمرقندي »^(٥) والبعض إنه : « من أهل سمرقند »^(٦) .

وقال البعض : « الأسمندي السمرقندي »^(٧) .

وقال البعض : « الرازي »^(٨)

(١) السمعاني — ابن الجوزي — ابن الأثير — الصفدي — ابن كثير — القرشي — الفيروزآبادي — المعنى — الأتابكي — السيوطي — الكفوي .

(٢) الكفوي — اللكنوي .

(٣) إسماعيل البغدادي .

(٤) السمعاني — ياقوت في معجم البلدان — ابن الأثير — الصفدي — ابن كثير — القرشي — الفيروزآبادي — الأتابكي — السيوطي — الكفوي — حاجي خليفة — اللكنوي .

(٥) الصفدي — الأتابكي — حاجي خليفة — ابن العماد — إسماعيل البغدادي ، هدية المعارفين .

(٦) السمعاني — ابن الجوزي — ابن كثير — المعنى .

(٧) الصفدي — السيوطي — الكفوي وفيه كذا : « الأسفندي السمرقندي » ولعل : « الأسفندي » تحريف « الأسمندي » .

(٨) ابن الجوزي — ابن كثير — المعنى — الأتابكي .

٧ - يُلده :

الاتفاق على أنه من أَسْمَد .

قال في معجم البلدان : أَسْمَد بالفتح (أى بفتح الهَمْزة) من قرى سمرقند . ويقال لها « سَمْد » بإسقاط الهَمْزة ينسب إليها محمد بن عبد الحميد بن الحسن الأَسْمَدِي . وقال السمعاني في الأنساب : « الأَسْمَدِي بضم الألف (أى ضم الهَمْزة) . وكذا القرشي في الجواهر . وكذا قال ابن الأثير في اللباب : بضم الألف نسبة إلى « أَسْمَدِين » قرية من قرى سمرقند .

٨ - أوصاله العلمية :

أشاد بذكره كثير من أصحاب التراجم . فقال البعض : « كان فقيهاً فاضلاً ومناظراً فحلاً » ، وكانت له عبارة حسنة « (١) » . وقال آخرون : « كان فقيهاً فاضلاً ومناظراً من الفحول » (٢) . وقال آخرون : « كان فقيهاً مناظراً بارعاً . كان من فحول الحنفية » (٣) . وقال آخرون : « كان من الفحول في المناظرة » (٤) . وقال آخرون : « فقيه فاضل مناظر بارع . قال ابن النجار : إنه من فحول الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة » (٥) . وقال آخرون : « كان إماماً بارعاً مفتناً . كان من فرسان الكلام . قدم بغداد ومناظر وبرع وفاق أهلها » (٦) .

(١) السمعاني .

(٢) ابن الجوزي .

(٣) الصفدي .

(٤) ابن كثير .

(٥) القرشي .

(٦) الأتابكي .

وقال آخرون : « كان فقياً مناظراً بارعاً . له الباع الطويل في علم الجدل .. وصار من فحول المناظرين » (١) .

وقال آخرون : « كان فقياً مناظراً بارعاً . له الباع الطويل في علم الجدل . من فحول الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة » (٢) .

وقال آخرون : « كان من فحول الفقهاء من أصحاب أبي حنيفة وكان بارعاً في العلوم كلها أصولها وفروعها وكان عديم النظير مفرط الذكاء إذا حضر في محل كان هو المشار إليه والمحول في المشكلات إليه » (٣) .

وقال آخرون : « كان من فرسان الكلام » (٤) .

وقال آخرون : « كان من فحول الفقهاء . كان فقها فاضلاً مناظراً » (٥) .

وقالوا : إنه تنسك وترك المناظرة واشتغل بأنواع الخير إلى أن توفي (٦) .

وهذا الكتاب وكتابه الآخر في « أصول الفقه » الذي أعدده هو الآخر للنشر يشهدان بأنه كان محيطاً بأحكام الفقه في مجموعها وآحادها ، أى في مجملها وتفصيلها ، مدركاً لها بمحكمها وعللها ، مميزاً عن وعى كامل بين التشابهات والمختلفات منها — مما يدل على صدق ما وصف به من أنه كان « من فحول الفقهاء » و « أحد فرسان الكلام والجدل » .

٩ — مشايخه :

تفقه على : السيد الإمام أشرف العلوى .

وحدث عن عمر بن عبد العزيز بن مازة البخارى .

(١) السيوطى .

(٢) الداودى .

(٣) الكفوى .

(٤) ابن العماد .

(٥) اللكنوى .

(٦) ابن الحوزى — ابن كثير — القرشى — الفيروزابادى — ابن حجر — العيني —

الأنابكى — الداودى — الكفوى — ابن العماد — المكنوى .

ومجم الحديث عن علي بن عمر (أو عثمان) الخراط .

أما السيد الإمام أشرف العلوي فهو أحد الأئمة المشهورين في الفروع والأصول .
وقد برع في العلوم وصار أستاذ الجماعة ، عالماً بالمذهب والخلاف ، حسن الطريقة^(١) .

وعمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري هو المعروف بالصلبر الشهيد . له الفتاوى الصغرى والفتاوى الكبرى . ومن تصانيفه شرح الجامع الصغير . ولد سنة ٤٨٣ هـ .

(١) وهذا (الإمام الأشرف) قد تفقه على أبيه : أبي الوضاح محمد . وأبو الوضاح هذا تفقه على والده (أبي شجاع) وبرع في الفقه وروى عنه . قال السمعاني : روى لنا عنه القاضي محمد بن عتبة الصائفي قاضي مرو . وذكره في الذيل .

وقال : درس بمدرسة قم بن العباس رضي الله عنهما بسمرقند . وكان قد خرج إلى الحجاز وورد بغداد حاجاً وانصرف إلى بلده وقام على التدريس ونشر العلم إلى أن مات في شوال سنة ٤٩١ هـ . وهو ابن أربع وخمسين سنة . ودفن بمقبرة جاكرديز رحمه الله تعالى (القرشي ، الجواهر ، ٢ : رقم ٣٤٥ ، ص ١١٤) .

وحده (أي والد أبي الوضاح محمد) هو أبو شجاع السيد محمد بن أحمد بن حمزة بن الحسين ابن علي بن عبد الله بن الحسن بن علي بن عبد الله بن الحسن بن العباس بن علي بن أبي طالب (القرشي ، الجواهر ، ٢ : رقم ٢٥ ، ص ١٠) وكان الجد (أبو شجاع) في عصر ركن الإسلام علي بن الحسين السُّفْدي (تولى في بخارى سنة ٤٦١ هـ) بسمرقند . وكان الإمام الحسن (أو الحسين) الماتريدي معاصراً لهما . وكان المعتر في الفتاوى أن يجمع خطهم عليها ولا ينظر إلى من خالفهم .

وركن الإسلام السفدي نسبة إلى السُّفد . وهي ناحية كثيرة المياه والأشجار من نواحي سمرقند . قال السمعاني : إنه كان إماماً فاضلاً فقيهاً مناظراً ومجمع الحديث وروى عنه السير الكبير شمس الأئمة السرخسي (في طبقات القاري أنه توفي سنة ٤٣٨ هـ . وفي اللكنوي ، الفوائد البهية أنه مات حوالي سنة ٤٩٠ هـ) . ومن تصانيف السفدي « التنف في الفتاوى » وقد نشر منه جزء في العراق سنة ١٩٧٥ م . وشرح السير الكبير .

(راجع : القرشي ، الجواهر ، ج ٢ ، رقم ٢٥ ، ص ١٠ . ورقم ٣٤٥ ص ١١٤ . والكنية ١٠٦ - ٢٥٤ - ٢٥٥ . ج ١ رقم ٩٩٦ ص ٣٦١ . ج ٢ رقم ٣٩٧ ص ١٣٠ . والكنية رقم ٢٣٨ ص ٢٨٢ ، ومن الأنساب رقم ٦٦٧ ص ٣٤٤ . واللكنوي ، الفوائد ، ص ٤٨ ، ٤٩ و ١٥٥ و ٢٣٥ .)

واستشهد سنة ٥٣٦ هـ (١) . وهو أستاذ صاحب المحيط (٢) . وعنه أخذ صاحب الهداية (٣)

= ولعل كلمة « السيد » و « العلوى » ترجعان إلى النسبة إلى أمير المؤمنين علي بن أبي طالب كرم الله وجهه .

وأما الحسن (أو الحسين) الماتريدي فلم نعر له على ترجمة لدى القرشي أو ابن قطلوبغا . وفي الأول (القرشي ، الجواهر ، ج ٢ رقم ٦٦٧ ، ص ٣٤٤ أنه « الحسين » و « كان رفيقاً لأبي شجاع وعلى السعدي » وينسب إلى ما تريد محلة من ممرقند . ويقال لها « ما تريت » بالناء وينسب إليها أبو منصور إمام الهدى (ج ٢ رقم ٧٩٠ ، ص ٣٦٢ من الجواهر) .

(١) هو عمر بن عبد العزيز بن مازة برهان الأكمة . أبو محمد حسام الدين المعروف بالصدر الشهيد . تفقه على أبيه . ووالده هو عبد العزيز بن عمر بن مازة المعروف ببرهان الأكمة أبو محمد ويعرف بالصدر الماضي . وابنه هو محمد بن عمر بن عبد العزيز بن مازة شمس الدين أبو جعفر . قال ابن النجار : من أهل بخارى . وكان رئيسها وابن رئيسها ومن أكابر أعيانها وفحول فقهاها المشهورين بالفضل والنسب . وله التقدم عند الملوك والسلاطين . قدم بغداد حاجاً سنة ٥٥٢ هـ . وحدث بها عن والده . قبل مات سنة ٥٦٦ هـ . مقتولاً . وكان مولده سنة ٥١١ هـ (القرشي ، الجواهر ، ج ٢ ، رقم ٣٠٧ ، ص ١٠٢ . ورقم ٢٤٨ ص ٨٤ . ورقم ٣٠٧ ص ١٠٢ . ورقم ١١٥٤ ص ٤٠٧) .

و « الشهيد » ، اشتهر به جماعة من العلماء قتلوا ، فقبل لكل واحد منهم « شهيد » منهم الحاكم الوزير أبو الفضل محمد بن أحمد . والحسام الشهيد . والصدر الشهيد . والصفار الشهيد .

(القرشي ، الجواهر ، ٢ : ٣٧٥ ، اللقب رقم ٨٩٠) .

(٢) وقيل إن جده هو صاحب المحيط (القرشي ، ٢ : ٤٠٧) .

ولكن قالوا إن صاحب المحيط هو محمد بن محمد بن محمد العلامة الملقب برضي الدين وبرهان الإسلام السرخسي . كان إماماً كبيراً مصنف المحيط . وقال : « حكى أستاذنا الإمام الأجل حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة عن والده برهان الدين أن طريقة الخطابين عرفت بالوحى — القرشي ، الجواهر ، ٢ : ١٢٩ — ١٣٠ و ٣٧٥ وفي الخامس قال : أورد صاحب القوائد أن وفاته كانت سنة ٥٤٤ هـ .

(٣) هو الإمام برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الحليل الفرغاني برهان الدين المرغيناني الرشدالي صاحب الهداية وكتاب البداية وكفاية المتبهي . مات سنة ٥٩٣ هـ (ابن قطلوبغا ، رقم =

وغلى بن عمر (أو عثمان) الخراط^(١) .

١٥ - تلاميذه :

من تلاميذه أبو المظفر جمال الإسلام أسعد الكرايسى^(٢) . وأبو المظفر السمعاني^(٣) . وشيخ الإسلام نظام الدين عمر بن شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر صاحب الهداية^(٤) .

وروى عنه أبو البركات محمد بن علي بن محمد الأنصاري^(٥) .

= ١٢٤ ص ٤٢) وابنه عمر بن علي أبو حفص : تفقه على والده حتى برع في الفقه وأنتى (القرشي ، الجواهر ، ج ١ ص ٣٩٤ رقم ١٠٨٩) . وابنه أيضاً محمد بن علي بن أبي بكر الإمام الملقب عماد الدين تفقه على أبيه (القرشي ، الجواهر ، ج ٢ ، رقم ، ٢٩٧ ص ٩٩) .

(١) لم نعر له على ترجمة لا عند القرشي في الجواهر ولا عند ابن قطلوبغا في تاج التراجم .

(٢) هو أسعد بن محمد بن الحسين الكرايسى النيسابوري جمال الإسلام . مصنف الفروق في المسائل الفرقية . وله الموجز في الفقه ، وهو شرح مختصر أبي حفص عمر مدرّس المستنصر ببغداد (القرشي ، الجواهر ، ١ : ١٤٣ - وابن قطلوبغا) . وقال صاحب الجواهر : « زائد في الفوائد : له معرفة تامة بالفروع والأصول . أخذ الفقه عن علاء الدين الأحمدي السمرقندي عن السيد الأشرف عن أبيه . أتى الوضاح عن أبيه السيد أبي شجاع . مات سنة ٥٧٠ هـ (القرشي ، الجواهر ، الهامش ، ص ١٤٣) . وقد طبع كتاب « الفروق » في الكويت سنة ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . وذكر في الجزء الأول منه (ص ١٦) أن من شيوخ الكرايسى « علاء الدين محمد بن عبد الحميد الأحمدي الجنفي شارح منظومة « النسفي » .

(٣) قال السمعاني (أبو سعد عبد الكريم - ٥٦٢ هـ) في الأنساب : « وجمع ولدى أبو المظفر منه (أي من محمد بن عبد الحميد الأحمدي) أحاديث . وأبو المظفر هذا هو عبد الرحيم ابن أسعد عبد الكريم تولى سنة ٦١٤ هـ .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ٣ . والكنوي « كتاب أعلام الأعيان » .

(٥) الصفدي ، ج ٣ ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٨ - ٢١٩ ، والقرشي ، الجواهر ، رقم ٣٠٧ ، ص ١٠٢ . ولم نعر له على ترجمة .

قال القرشي في الجواهر : إنه ورد بغداد حاجاً سنة ٥٥٢ هـ . وصحبه الشمس بن الحسام بن البرهان^(١) .

وقال السمعاني في الأنساب عنه : « لقيته بسمرقند غير مرة ، وقال لي : وردت مرو^(٢) قاصداً إلى القاضي الأربابندي^(٣) . ولم يكن حاضراً ، منصرفاً من الحجاز

(١) هو شمس الدين أبو جعفر بن عمر بن عبد العزيز بن مازن . وتقدم في الهامش ١ من الصفحة قبل السابقة .

(٢) مرو أشهر مدن خراسان وقصبتها والنسبة إليها مروزي . وبين مرو ونيسابور ٧٠ فرسخاً ومنها إلى سمرقند ٣٠ فرسخاً وإلى بلخ ١٢٢ فرسخاً . والفرسخ ثلاثة أميال - المعجم الوسيط .
ونظير فيما يلي الهامش ٣ . ولفظ « مرو » عربي ومعناه الحجارة البيض التي يقتدح بها . والواحدة مروة وبها سميت المروة بمكة المكرمة (مختار الصحاح . ياقوت ، معجم البلدان ، الطبعة الأولى ، مطبعة السعادة بمصر ، ج ٨ ص ٣٣) وقد يقال « مرو الشاهجان » والشاهجان فارسية معناها نفس السلطان لأن الجبان هي النفس أو الروح . والشاه هو السلطان . سميت بذلك لجلالتها عندهم (ياقوت ، معجم البلدان ، الموضع نفسه) .

(٣) الأربابندي هو محمد بن الحسين بن محمد الأربابندي أبو بكر القاضي المروزي المعروف بفخر القضاة . تفقه على أبي منصور السمعاني (محمد بن عبد الجبار بن أحمد بن محمد بن جعفر ابن محمد بن عبد الجبار بن الفضل بن الربيع بن مسلم بن عبد الله بن منصور أبو منصور السمعاني البجلي المروزي الإمام وأرخ الذهبي وفاته سنة ٤٥٠ هـ - القرشي ، الجواهر ، ٢ : ٧٣) ثم رحل من وطنه إلى سحان في طلب الفقه وتفقه على القاضي الروزني صاحب أبي زيد الدبوسي (٤٣٠ هـ) . وتفقه عليه أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد بن أمرويه بن إبراهيم الكرمانى وأبو عبد الله محمد بن عبد الله الصائفي وغيرهما من كبار الحنفية . قال السمعاني : روى لنا عنه صاحباه : أبو الفضل الكرمانى بمرو ومحمد بن عبد الله الصائفي قاضي مرو ، وأدركت أهامه ولم يتفق لي الإجازة منه ، وكان إماماً فاضلاً منازلاً انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة وحدث . ورد بغداد حاجاً بعد الثمانين وأربعمئة ومات سنة ٥١٠ هـ (أو ٥١٢ هـ) رحمه الله (القرشي ، الجواهر ، ج ٢ ، ص ٥٠ - ٥١ . ونظير أيضاً : السمعاني ، الأنساب) .

وقال اللكهندي في الفوائد : الأربابندي لقبه فخر الدين الحنفي . تفقه على علاء الدين المروزي صاحب أبي زيد الدبوسي . ومن تصانيفه « مختصر تقويم الأدلة » للدبوسي . وفي الجواهر : محمد =

والحج سنة ٥٥٣ هـ . ويفهم من هذا في الغالب أنه كانت له صفة مع القاضي الأرسابندي .

ولم تذكر كتب التراجم والطبقات التي اطلعنا عليها أن له صلة بعلاء الدين السمرقندي صاحب « التحفة » و « ميزان الأصول » رغم أنهما كانا في بلد أو منطقة واحدة هي « سمرقند » والظاهر أنهما كانا في زمن واحد أو في زمنين متقاربين .

== ابن الحسين أبو جعفر الأرسابندي قرية من قرى مرو على فرسخين . له « مختصر تقويم الأدلة » الديوسي في مجلد رأته . وهو أستاذ أبي الفضل الطيبي يأتي في الكنى (القرشي ، الجواهر ، ج ٢ ، ص ٥٢ ، رقم ١٦٥) .

وأرسابند قرية من قرى مرو على فرسخين منها (والفرسخ مقياس قديم من مقاييس الطول يقدر بثلاثة أميال وتقدم بيانه — ولليل يرى يقدر الآن بما يساوي ١٦٠٩ من الأمتار . والبحرى بما يساوي ١٨٥٢ من الأمتار — للمعجم الوسيط) وكان بها جماعة من المحدثين والعلماء (انظر : السمعاني ، الأتساب ، الأرسابندي) .

وفي دار الكتب المصرية المخطوط رقم ٢٥٥ خصوصية ٣٦١٣٧ عمومية (أصول فقه) بعنوان : « كتاب تقويم أصول الفقه وتحديد أدلة الشرع » من تصنيف القاضي الأجل الإمام أبي نهد عبيد الله بن عمر بن عيسى الديوسي . وهو منقول عن النسخة الموجودة بالمكتبة الخالدية بالقدس الشريف . والديوسي نسبة إلى ديبوسة وهي بلدة بين بخارى وسمرقند (القرشي ، الجواهر ، ٢ : ٢٥٢ . هياقوت ، معجم البلدان) .

والقاضي الزوزني نسبة إلى زوزن بلدة كبيرة بين هراة ونيسابور . ولعل المقصود هو عبد الرحيم بن عبد العزيز بن محمود بن محمد السديدي الزوزني القاضي المعروف بهماد الإسلام وهو صاحب « ملقى البحار » . تفقه على جده محمد بن محمود بن محمد أبو المفاخر السديدي الزوزني . ووالده هو عبد العزيز بن محمد بن محمود السديدي الزوزني الإمام أبو المفاخر . ولم يذكر لأحدهم تاريخ وفاته (القرشي ، الجواهر ، ج ٢ ، رقم ٤٦٠ ص ٣١٣ . ورقم ٤٠٢ ص ١٣٢ . و ج ١ رقم ٨٦٠ ص ٣٢١ و ج ١ رقم ٨٢٩ ص ٣١٢ . وتاج التراجم ، ص ٣٤ رقم ١٠١ و ص ٦٧ رقم ٢٠١) .

وأبو الفضل الكرمانى هو عبد الرحمن بن محمد بن أميرة بن محمد بن إبراهيم الكرمانى ركن الدين . قال السمعاني في معجم شيوخه : إمام أصحاب أبي حنيفة رضى الله عنه بخراسان . قدم مرو وتفق على القاضي محمد بن الحسين الإردستاني فخر القضاة (لعله يقصد : الأرسابندي) . =

١٢ - رحلاته :

قال السمعاني إنه لقيه بسمرقند غير مرة . وإنه قال له إنه ورد مرو^(١) .
كما ورد بغداد حاجاً سنة ٥٥٢ هـ . وصحبه شمس الدين أبو جعفر محمد بن عمر
ابن عبد العزيز بن مازة (٥٦٦ هـ) وهو ابن أستاذه عمر بن مازة^(٢) .

١٣ - مؤلفاته :

نسب إلى محمد بن عبد الحميد الأسمندي كتب كثيرة . وقد حصل خلط بينه وبين

= وكان قد فرغ قبل قدومه من تعلية المذهب ببلغ على عمر الحلبي ولازمة إلى أن صار أنظر أصحابه .
ولم يزل يرتفع حاله لاشتغاله بالمعلم ونشره وتكاثر الفقهاء لديه وتزاحم الطلبة عليه إلى أن أسلم له
القدم بمرور . وصار مقولاً عند الخاص والعام وانتشر أصحابه في الآفاق . وظهرت تصانيفه بخراسان
والعراق ودرس عليه العلماء وكانوا يقرأون التفسير والحديث في شهر رمضان . سمع بكرمان والده وبعمر
أستاذه الأردستاني (لعل المقصود الأربندي) . تفقه عليه بمرور أبو الفتح محمد بن يوسف بن
أحمد القطري السمرقندي . ومن تصانيفه : الجامع الكبير والتجريد في الفقه في مجلد وشرحه في
ثلاثة مجلدات وعما الإيضاح وكان مولده بكرمان سنة ٤٥٧ هـ . وموته بمرور سنة ٥٤٣ هـ
(القرشي ، الجواهر ، ج ١ ، رقم ٨٠٩ ص ٣٠٤ . وابن قطلوبغا ، تاج التراجم ، رقم ٩٦ ، ص
٣٣) . ولدى دار الكتب المصرية كتابه « التجريد وشرحه الإيضاح » المخطوط ٣٧ دار الكتب فقه
حنفي في ثلاثة مجلدات . والأردستاني نسبة إلى أردستان بلدة قريبة من أصفهان على طريق البهة على
ثمانية عشر فرسخاً من أصفهان نسبة محمد بن الحسين ، (الجواهر ، ج ٢ ص ٢٨٠ رقم
٢٢٤) . وتقدم أن الأربندي هو فخر القضاة (الجواهر ، ج ٢ ص ٣٨١ رقم ٩٢٩) .

ومحمد بن عبد الله الصائفي قاضي مرو عرف بالقاضي السديد . تفقه على القاضي محمد بن
الحسين الأربندي . وكان رفيقه أبو الفضل الكرمانى . قال أبو سعد في الأنساب : « كتب عنه
جزءاً من الحديث وولى قضاء مرو وحدث سيrote . وكان مناضراً مُجلاً كثير الصلاة والتلاوة .
والنسب إلى غمل الصياغة . ونسب أيضاً سكة يقال لها « سكة الصياغة » (القرشي ، الجواهر ،
ج ٢ رقم ٢١٨ ، ص ٧٢) و « مُجلاً » لعلها من « أجَل » فلان عظم وقوى وأجل فلاناً
عظمه (المعجم الوسيط) .

(١) تقدم الكلام على مرو في الهامش ٢ ص ٢٨ .

(٢) راجع الهامش ١ ص ٢٨ والهامش ١ ص ٢٦ .

محمد بن أحمد بن أبي أحمد السمرقندي (٥٣٩ هـ) صاحب « تحفة الفقهاء » و « ميزان الأصول في نتائج العقول » وغيرها .

ونحن نذكر فيما يلي مجموع ما نسب إليه ثم نذكر ما نراه منسوباً إليه خطأ . وكنا نود ترتيب مؤلفاته حسب تاريخ تأليفها ، ولانعدام السند في ذلك نوردتها حسب الموضوع .

١ — في أصول الدين : الهداية في الكلام . (أو في أصول الاعتقاد) (١)

٢ — في التفسير : أمالي في التفسير (٢)

٣ — في أصول الفقه : بذل النظر في الأصول : أصول الفقه (٣)

(١) حاجي خليفة ، ج ٢ ص ٢٠٤٠ . وذكر أنه « الهداية في الكلام » . وللكنوي وذكر أنه « الهداية في أصول الاعتقاد » . عمر رضا كحالة . الزركلي . كما ذكر حاجي خليفة أيضاً : « الهداية في الكلام للشيخ الإمام نور الدين أبي بكر أحمد بن محمد الصابوني الحنفي المتوفى سنة ٥٠٨ هـ . ثم اختصره في كتاب سماه « البداية » أوله : « نحمده على آلائه ونشكره ... الخ » . وقال ابن قطلوبغا ، رقم ٢٠ ص ١٠ . والقرشي ، ج ١ ص ١٢٤ : أحمد بن محمود بن أبي بكر الصابوني نور الدين أبو محمد له : « البداية في أصول الدين » توفي سنة ٥٨٠ هـ . قلت : تفقه الصابوني على شمس الأئمة الكردي (محمد بن عبد الستار ٥٥٩ — ٦٤٢ هـ . انظر القرشي ، الجواهر ، ج ٢ ، ص ٨٢ . وفيه أنه تفقه على الشيخ نور الدين أبي محمد أحمد بن محمود الصابوني) . وذكر صاحب تاج التراجم أيضاً أن له كتاب « المغني في أصول الدين » وذكر صاحب الجواهر ، ج ٢ ص ٣٢٢ رقم ٥٢٦ أن لسراج الدين الصابوني « المغني في أصول الفقه » وفي ص ٣٧٣ أن له « المغني في أصول الدين » وكذا ذكر ابن قطلوبغا أن له « المغني في أصول الدين » علاوة على « البداية في أصول الدين » . وقال القاري (١٠١٤ هـ) في طبقات الحنفية : وله كتاب جليل نافع في أصول الدين سماه : الهداية في أصول الاعتقاد .

(٢) القرشي ، الجواهر — الفيروزآبادي — ابن قطلوبغا ، تاج التراجم — السيوطي ، طبقات المفسرين — الداودي ، طبقات المفسرين — الكنوي — اللكنوي ، الفوائد البية . إسماعيل البغدادي ، هدية العارفين — الزركلي ، الأعلام .

(٣) القاري ، طبقات الحنفية : « بذل النظر وهو في أصول الفقه » . اللكنوي ، الفوائد البية . إسماعيل البغدادي ، هدية العارفين ولبعض المكون . عمر رضا كحالة ، معجم المؤلفين . الزركلي ، الأعلام .

٤ - في الفقه :

• التعليقة المعروفة بالعالمى (١)

• مختلف الرواية (٢)

(١) ابن الجوزى - القرشى - الفيروزابادى - العيني - الأنابكى - ابن قطلوبغا -
الداودى - الكفوى - ابن العماد - اللكتوى - عمر رضا كحالة - الزركلى .

(٢) حاجى خليفة ، كشف الطنون ، ٢ : ١٦٣٦ . قال :

« مختلف الرواية - مجلد للشيخ الإمام علاء الدين محمد بن عبد الحميد المعروف بالعلاء العالم
السمرقندى المتوفى سنة ٥٥٢ .. قال : قصدت فيه أن أكتب مسائل مختلف الرواية وأرسم لخلاف
كل واحد من الأئمة باباً على الترتيب الذى رتب به بعض أستاذنا (أشياخنا) إلا أنهم أوردوا الكتب
كلها فى كل باب وأنا أورد كلها فى كل كتاب وأذكر فى كل مسألة نكتة شافية وحجة كاملة .
أوله : الحمد لله المتعز (تحريف : المتعز) بدياته ... الخ » .

والإطلاع على المخطوط رقم ١١٩ فقه حنفى م (مكتبة مصطفى فاضل) بدار الكتب المصرية
(ميكروفيلم ٨٤٥٦) وجدنا فى أوله العبارة الآتية : « بسم الله الرحمن الرحيم رب وفق لإتمامه .
رب يسر وتمم بالخير - الحمد لله المتعز بدياته المتقدس بأسمائه وصفاته . والصلاة على رسوله المؤيد
بآياته ومهجراته المبلغ لأحكامه ورسالاته . وعلى آله وأصحابه وذرياتهم . وبعد : فإن قصدت أن
أكتب مسائل مختلف الرواية أذكر وأرسم لخلاف كل واحد من الأئمة باباً على الترتيب الذى رتب
بعض أستاذنا رحمهم الله غير أنهم أوردوا الكتب كلها فى كل باب وأنا أورد الأبواب كلها فى كل
كتاب . وأذكر فى كل مسألة نكتة شافية وحجة كافية وسألت الله التوفيق لإتمامه بفضله وإنعامه إنه
قريب مجيب . باب : قول أى حنيفة على خلاف قول صاحبه رحمهم الله : بسم الله الرحمن الرحيم
- كتاب الصلاة ... » .

وإسماعيل البغدادى ، هدية العارفين . والزركلى ، الأعلام . وبركلمان (١ : ٤٦٢ - ٤٦٣ رقم
١١ . والملحق ، ١ : ص ٦٤١) : فقد ذكره (ج ١ : ٤٦٣) « وأشار إليه فهرست بنته فى
المند ، ج ١ ، رقم ١٠٥ ، ص ١٠٥ وقال فى الملحق (١ : ٦٤١) « مختلف الرواية : انظر أباً
الليث السمرقندى على منظومة الخلافات » وذلك تحت اسم « محمد بن عبد الحميد
الأسمندى » .

وفى دار الكتب المصرية مخطوطة باسم « مختلف الرواية » لـ محمد بن عبد الحميد بن الحسين بن
الحسن برقم ١٨١٥ فقه حنفى فى ٢٩٧ ورقة - ميكروفيلم رقم ٤١٧٨٩ وأولها ناقص . ولعلها =

• شرح منظومة النسفى فى الخلاف (أبو حفص عمر بن محمد بن أحمد النسفى — ٥٣٧ هـ) (١)

• طريقة الخلاف ، وهو الذى ننشره اليوم وسأأتى الكلام عليه فيما بعد على وجه خاص .

• المعترض والمختلف (٢)

ولعل أحد هذه أو بعضها أو كلها هو المقصود بقولهم « صنف فى الخلاف » (٣)

للمؤلف . وأخرى برقم ١١٩ فقه حنفى م (مكتبة مصطفى فاضل) ميكروفيلم رقم ٨٤٥٦ المذكورة فيما تقدم . وفى فهرست دار الكتب المصرية ، ج ١ ، ص ٤٦١ : « مختلف الرواية وبهامشه منظومة كل بيت » (٤) .

(١) حاجى خليفة ، كشف الظنون ، ٢ : ١٨٦٧ . اللكنوى ، الفوائد البية : « له قطعة من شرح المنظومة . الزركلى ، الأعلام . بروكلمان ، تاريخ الأدب العربى ، الملحق ١ ، ص ٦٤١ . وفى البغدادى ، هدية العارفين . والزركلى ، الأعلام . أنها « حصر المسائل وقصر الدلائل » الآتى . وفى دار الكتب المصرية المخطوطات الآتية على أنها منظومة النسفى أو شرحها وتبين لنا من الاطلاع عليها ما يأتى :

— المخطوطة رقم [٤٥٨] فقه حنفى ميكروفيلم رقم ٣٨٦٨٩ وهى منسوبة لأبى جعفر الطحاوى .

— المخطوطة رقم [٥٣١] فقه تيمور ميكروفيلم رقم ١٢٤٧٩ وهى منسوبة لأبى الليث السمرقندى .

— المخطوطة رقم [١٨١٥] فقه حنفى ميكروفيلم رقم ٤١٧٨٩ وهى ناقصة الأول والآخر فلم نستدل على صاحبها .

ومنظومة النسفى فى الخلافات بمكتبة الأزهر : المخطوط رقم (٣٢٩٩) ٨٧٨ — القرشى ، الجواهر ، ١ : رقم ١٠٩٠ ، ص ٣٩٥ ، وابن قطلوبغا ، تاج التراجم ، رقم ١٤٠ ، ص ٤٧ . (٢) الأتابكى ، النجوم الزاهرة . وابن العماد ، شذرات الذهب .

(٣) السمعانى — الصفدى — القرشى — اللكنوى .

• حصر المسائل وقصر الدلائل : شرح عيون المسائل لأبي الليث السمرقندي (٣٥٦ هـ) (١).

وفيما يلي مؤلفات نسبها إليه خطأ البغدادي في هدية العارفين :

- تحفة الفقهاء في الفروع (٢) .
- ميزان الأصول في نتائج العقول (٣) .
- شرح التأويلات للماتريدي (٤) .
- شرح الجامع الكبير للشيباني في الفروع (٥) .
- وكذا عمر رضا كحالة في معجم المؤلفين .

١٤ - وصمتان لا دليل عليهما :

نسب إلى الشيخ الإمام محمد بن عبد الحميد الأسمندي وصمتان لم يقم الدليل

(١) حاجي خليفة نقلاً عن ابن الشحنة ، ج ٢ ، ص ١١٨٧ . وإسماعيل البغدادي ، هدية العارفين . وعمر رضا كحالة ، معجم المؤلفين . وفي البغدادي ، هدية العارفين . والزركل ، الأعلام : أن « حصر المسائل وقصر الدلائل » شرح « منظومة النسفي » . وفي البغدادي ، هدية العارفين : « شرح عيون المسائل لصاحب المحيط في الفروع » ، وكذا في رضا كحالة والماتريدي والقمي . وأبو الليث هو نصر بن محمد بن أحمد بن إبراهيم أبو الليث السمرقندي إمام الهدى ، توفي سنة ٣٧٣ هـ . وله كتاب « عيون المسائل » وغيره (ابن فطالغا ، رقم ٢٤٢ ، ص ٧٩ . والقرشي ، الجواهر ، ج ٢ رقم ٦١٠ ، ص ١٩٦ . وتوجد نسخة منه (من كتاب : حصر المسائل وقصر الدلائل) مخطوطة بمكتبة بلدية الاسكندرية برقم ١٢٢٢ ب في ٢٨٠ ورقة ونسخة على الميكروfilm بمكتبة معهد الدراسات العربية برقم ٤٨ فقه حنفى . ولم نطلع عليهما .

(٢ - ٥) البغدادي ، هدية العارفين . وكذا بالنسبة لشرح الجامع الكبير : عمر رضا كحالة . وهي لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) وقد نشرنا منها « تحفة الفقهاء » و « ميزان الأصول في نتائج العقول - المختصر » وكذا شرح الجامع الكبير لعلاء الدين السمرقندي (انظر : القرشي ، الجواهر ، ج ٢ ص ٤٤٩) . لا للأسمندي . وكذا شرح التأويلات للماتريدي لعلاء الدين السمرقندي . وقد نشر بعض أجزائه في مصر .

عليهما ويتناقضان مع ما يفترض في مثله من التزام باحسن ما يامر به الدين . ونذكرهما فيما يلي ونردهما بالحجة . وهما أنه :

١ — كان صحيحاً بكلامه . فكانوا يوردون عليه أسئلة وهو عالم بأجوبتها فيكاد ينقطع ولا يذكرها لشحه ولثلا تستفاد منه . وعلم ذلك منه علماء عصره .

و ٢ — كان مدمناً للخمر . وكان يقول : ليس في الدنيا راحة إلا في شيعين : كتاب أطالعه أو باطية من الخمر أشرب منها (الباطية إزاء عظيم من الزجاج وغيره يتخذ للشراب والجمع بواط) .

ولم يذكر له هاتين الوصتين إلا قليل من أصحاب التراجم والطبقات . أما الأغلبية فلم يذكروهما ووقفوا منها موقفاً سلبياً وهو الإغفال^(١) . ونحن لا نكتفي بهذا الموقف السلبى ، بل نقف منهما موقف الإنكار والرفض . وقد أخرجنا الكلام عليهما إلى ما بعد الكلام على نموت الرجل ومؤلفاته لتكون من حجتنا بعد أن يكون القارئ قد قرأها . ثم بعد ذلك نفسر نسبة ذلك إليه في نظرنا .

الوصمة الأولى :

أما الوصمة الأولى فقد ذكرها الأتابكى (٨٧٤ هـ) في النجوم الزاهرة (ج ٥ ، ص ٣٧٩) . وابن العماد (١٠٨٩ هـ) في شذرات الذهب (ج ٤ ، ص ٢١٠) . وذكرنا بعد إسناد هذه الوصمة له : « وقيل : إنه تسك وترك المناظرة مع شهادة أهل عصره من العلماء ، بالسبق والفضيلة » .

(١) لم يذكر شيئاً من هاتين الوصتين : ابن الأثير والصفدى والقرشى والفيروزابادى وابن قطلوغا والسيوطى والداودى والكتفى والحمى والقارى والكتنى وإسماعيل البغدادى ورضا كحالة والزركلى .

وذكر وصمة كيم العلم الأتابكى وابن العماد دون ذكر السند . ولم يذكرنا مسألة شرب الخمر . وذكر وصمة شرب الخمر : السمعلى . وعنه ابن الجوزى وابن كثير وابن حجر والمعنى .

وهذه الوصمة مردودة بما يأتي :

١ — أنهما لم يذكرنا سندهما في ذلك . ولم يكونا معاصرين له . ولم يذكر ذلك السمعاني الذي كان معاصراً له .

٢ — ما ذكره هو نفسه في مقدمة كتابه في أصول الفقه من قوله : « فإني كنت جمعت طريقة الخلاف وأدرجت في أثناء مسائلها قدر ما يحتاج فيها من أصول الفقه على وجه الاختصار والاقتصاد ، ثم إن بعض الأعزة من أصحابي لم يقنع بذلك ، وسألني أن أؤلف فيه جمعاً مفرداً ، يأتي على جميع أبوابها ، وأستوفى الكلام في كل باب منها على الرسم الممهود في مثله ، فأجبتهم إلى ذلك وسألت الله تعالى التوفيق لإصابة الحق والمصمة من الخطأ . إنه على ذلك قدير » فلو كان كما قالوا ما استجاب لهذه الدعوة .

٣ — ما وصفه به السمعاني ، وكان معاصراً له وكانت بينهما لقاءات ، وغيره ، من أنه كان « منظاراً فحلاً » و « من فرسان الكلام » و « له الباع الطويل في علم الجدل » وأنه « قدم بغداد وناظر وبرع وفاق أهلها » فكيف يكون ضائعاً بعلمه من يناظر ومن يكون من فرسان الكلام ومن يكون صاحب باع طويل في علم الجدل !

٤ — ما قاله السمعاني أيضاً : « لقيته بسمرقند غير مرة وقال لي : وردت مرو قاصداً إلى القاضي الأربابندي ولم يكن حاضراً فحضرت درس والدك رحمه الله^(١) » وعلفت عنه مسألة « بيع اللحم بالشاة »^(٢) . وسمع ولدي المظفر منه أحاديث . ولا

(١) تذكر التراجم أن والد أبي سعد عبد الكريم السمعاني هو أبو بكر محمد بن أبي المظفر منصور . وكان أبو بكر هذا إماماً كبيراً جمع أشات العلوم وبرز في علم الحديث رجالاً وموتوا وأسانيد . ونبغ في الفقه والأدب والوعظ والخطب ، مع إحاطة كاملة بالتاريخ والأنساب (٤٦٦ - ٥١٠ هـ) وجمع خلقاً كثيراً ، لما سمع منه خلق كثير . كان يملئ الأحاديث بأسانيدها حتى في مجالس الوعظ (انظر مقال الدكتور محمد حسن هيتو في مجلة معهد المخطوطات العربية ، الكويت ، بوزنه سنة ١٩٨٢ - المجلد الأول - الجزء الأول - ص ٢١١ والمراجع المذكورة فيه) .

(٢) انظر هذا الموضوع في المسألة رقم ١٢٩ فيما بعد في كتاب البيوع .

وإلى مرو متصرفاً من الحجاز والحج (والزياره) سنة ٥٥٣ قرأت عليه أحاديث بقرية سيد (؟) على طرف البرية .

(السمعاني ، الأنساب ، ج ١ رقم ١٥٨ ، ص ٢٤٦ — ٢٤٧) .

فكيف يكون ضائعاً بعلمه من يفعل ذلك ؟ .

٥ — ثم من أين لهم أنه كان عالماً بأجوبة الأسئلة التي توجه إليه ؟ ألا يكون غير عالم بها أو غير مثبت منها أو غير ذلك من الأعذار المشروعة ؟ ألم يكن من الصحابة رضوان الله عليهم من يحجم عن الإجابة على سؤال ويحيل إلى غيره تقى منه ؟ .

الوصمة الثانية :

وهي إدمانه — رحمه الله — الخمر . فقد نسبها إليه ابن الجوزي (٥٩٧ هـ) في المنتظم ، ج ١٠ ، ص ٢٢٦ . وابن كثير (٧٧٤ هـ) في البداية والنهاية . وابن حجر (٨٥٢ هـ) في لسان الميزان (ج ٥ ، ص ٢٤٣ — ٢٤٤) والعيني (٨٥٥ هـ) في عقد الجمان .

وقالوا بعد ذلك : إنه أقبل عن شرب الخمر والمناظرة وأقبل على النسك والخير (ابن الجوزي وعنه ابن كثير وابن حجر والعيني) .

وقد قال هؤلاء إنهم نقلوا ذلك عن السمعاني . ولكن إذا رجعنا إلى السمعاني نجده يقول في الأنساب (ج ١ ، رقم ١٥٨ ، ص ٢٤٦ — ٢٤٧) : « ولم أسمع منه شيئاً من الحديث لأنه كان متظاهراً بشرب الخمر » ولئن صح ذلك فالتظاهر بشرب الخمر شيء وشربه فعلاً شيء آخر فضلاً عن الإدمان .

وإذا كان ابن حجر يقول : « تركه أبو سعد بن السمعاني لإدمانه شرب الخمر فما روى عنه — انتهى » .

فماذا يقولون في قول السمعاني نفسه : « وسمع ولدى أبو المظفر منه أحاديث . ولما وافي

مرو منصرفاً من الحجاز والحج (والزياره) سنة ثلاث وخمسين (وخمسمائة طبعاً) قرأت عليه أحاديث بقرية سيد (؟) على طرف البية .

أما كان يجدر بهم - وهم علماء أعلام - أن يحققوا الأمر قبل أن يصموه به ويقدموا لنا الدليل على ما يقولون وخصوصاً في هذه الأمور التي تمس دينه ومكانته .

٢ - وأما ما قالوه من أنه كان يقول : « ليس في الدنيا راحة إلا في شيئين : كتاب أطلعه أو باطية من الخمر أشرب منها » فقد نُسب ذلك إلى السمعاني والسمعاني لم يقل أكثر من أنه « كان متظاهراً يشرب الخمر » - فمن أين أتى هؤلاء بهذا القول ؟ ثم إن هذه العبارة - لو صحت - لا تدل على أنه كان يشرب الخمر ؛ فالناس عنده فرهقان : فريق يرى سعادته في كتاب يقرأه وفريق يرى سعادته في كأس من الخمر يشربه . ولعل الناس كانوا في عهده ومنطقته يكثرون شرب الخمر !

٣ - وكيف يقبل العقل أن رجلاً وصف بأنه كان فقيراً فاضلاً ومناظراً فحلاً ومن فرسان الكلام وإماماً بارعاً ... الخ وله هذه المؤلفات العظيمة التي تدل على تفرغ للعلم بل وفناء فيه وسعة عقل وعمق إدراك وكأل فضل أن يقترب من مجرد فكره أن يشرب الخمر ؟ وانظر فيما بعد ما ذكره في كتاب الأشربة ١٥٦ / ١ وما بعدها .

ولست أرى أى داع للكلام على أن الحكم الشرعى أنه من ابتلى بمعصية ، كشرب الخمر ، فعليه أن يستتر ، فذلك مما يعلمه المؤلف حق العلم ، وإن كان هناك داع للإشارة إلى أنه ينبغي لمن علم بفاحشة مسلم أن يستتر عليه وألا يشيعها عبر الأجيال في الدنيا كلها - فكيف بمن لم يثبت له شيء من ذلك على عالم عظيم من علماء المسلمين ؟ .

تفسير هاتين الفريتين :

إن هذا الرجل العظيم كان ، كما وصفه جميع أصحاب التراجم ، من فرسان الكلام ومناظر من الفحول وفقياً فاضلاً وإماماً بارعاً مفتناً حتى إنه لما قدم بغداد حاجباً ناظر

وبرع وفاق أهلها (السمعاني وابن الجوزي وابن كثير وغيرهم من نقلنا عنهم من قبل) . هنا يكمن السبب في الاقتراء : حقد من هم دونه ممن كان يناظرهم فيعلمهم ، أو يروته متميزاً عليهم ، جعلهم يرون شفاء نفوسهم في رمية بهاتين الفريتين . وكما لاقى الكبار من العلماء والشعراء ممن هم دونهم إلا أن التاريخ ملء بمثل ذلك .

والظاهر أنه كان من المقلين في الاتصال بالناس ، إما انشغالاً بالعلم وضناً بوقته أن يضيعه مع من يشغلون الناس بما لا جدوى منه ، وهم صنف من الناس نجده الآن بين ظهرائنا ، أو من يجدون طلبتهم من علم قليل عند العاديين من العلماء - فكان يتظاهر - فراراً منهم - كما قال السمعاني - إن صح ما قال - بالتظاهر بشرب الخمر تنفراً لهم من إضاعة وقته . وإما طبعاً ، وهو أمر معهود بين بنى البشر ، فليس الناس كلهم صنفاً واحداً بل منهم الكثير في الاتصال بالناس ومنهم المقل ، ولا يقدح الإقلال في ذلك من الفضل ، بل قد يزيد ، إذ ينصرف المقل إلى ما هو أرقى وأعلى وأنفع للناس . وكان يجب على كتاب التراجم أن يترنثوا في تسطير ما سطره من فرية على هذا الرجل العظيم إحقاقاً للحق وبعداً عن عقاب الله سبحانه وتعالى .

* * *

لقد قضينا في خدمة العدل عن طريق القضاء بين الناس زمناً طويلاً ، فلا نستطيع أن نسلم بما وصم به ، بغیر دليل ، هذا الرجل العظيم العالم بما يجرح مكانته ويحط من قدره ، بمقاييس الإسلام وموازن أهل العلم ، بل لا بد أن ننفر لدحض هذه الوصمة وإعلان براءة هذا الرجل العظيم الأصولي الفقيه . وفي الله أهل العلم من الأذى والقول في حقهم بغیر دليل .

* * *

(ثانياً) الكتاب

هذا الكتاب « طريقة الخلاف » هو المخطوط ٢١٧ ق (مكتبة قوله) بدار الكتب المصرية . وقد ذكر بروكلمان تحت اسم « محمد بن عبد الحميد الأسمدي ، ج ١ ص ٤٦٣ : « طريقة الخلاف بين الأئمة تأليف الإمام علاء الدين محمد بن عبد الحميد بن الحسن بن الحسين المعروف بالعلاء السمرقندي المتوفى سنة ٥٥٢ هـ نسخة في مجلد بقلم معناد — تمت كتابته سنة ٧٧٣ هـ في ١٨٥ ورقة [٢١٧ ق] فقه حنفى » .

وبالاطلاع في دار الكتب المصرية على المخطوط ٢١٧ ق فقه حنفى وجدنا على غلافه : « كتاب طريقة الخلاف في الفقه — عني بتأليفه الشيخ الإمام علاء الدين العالم السمرقندي صاحب المختلف الذى منه نظم المنظومة النسفية . وشارح الأصول للإمام محمد بن الحسين الشيباني رضى الله عنهما وأرضاهما » وعدد أوراقه ١٨٧ ورقة وفى آخره : « وافق الفراغ من هذا الكتاب في جمادى الآخرة ليلة الثلاثاء لثلاث ليل خلون منه من سنة ثلاث وسبعين وستاية والحمد لله رب العالمين » . وعلى هامش الورقة الأخيرة أيضاً : (الورق ١٨٥ . وعلى الغلاف عدد أوراقه ١٨٧ وبالأرقام الحديثة كتب على الورقة الأخيرة ١٨٩ — ولعل مرجع الاختلاف بين المكتوب في الأول والمكتوب في الآخر هو عد أو عدم الغلاف .

ويبدو لنا أن الاختلاف بين ما أثبتته بروكلمان وما أثبتناه نحن يرجع إلى « القراءة » وقد أعدنا النظر في تاريخ الفراغ من كتابة الكتاب فوجدناه كما أثبتناه نحن « سنة ثلاث وسبعين وستاية » .

ونبه إلى أن هذا الكتاب : « طريقة الخلاف بين الأئمة » غير كتابه الآخر « مختلف الرواية » إذ قد يحصل اللبس بينهما فيظن ظان أنهما كتاب واحد . يدل على ذلك :

ما ذكره المؤلف نفسه في صدر كتابه في « أصول الفقه » من قوله بعد حمد الله

والثناء عليه والصلاة على رسوله محمد ﷺ من قوله . « وبعد فإني كنت جمعت « طريقة الخلاف » وأدرجت في أثناء مسائلها قدر ما يحتاج فيها من أصول الفقه على وجه الاختصار والاقتصاد ... » وما ذكره في صدر كتابه « مختلف الرواية » من قوله بعد حمد الله والصلاة على رسوله : « وبعد فإني قصدت أن أكتب مسائل « مختلف الرواية » وأرسم خلاف كل واحد من الأئمة بابا على الترتيب الذي رتب به بعض أستاذنا (كذا) رحمهم الله غير أنه أورد الكتب كلها في كل باب وأنا أورد الأبواب كلها في كل كتاب وأذكر في كل مسألة نقطة شافية وحجة كافية وسألت الله التوفيق لإتمامه بفضلته وإنعامه إنه قريب مجيب — باب قول أبي حنيفة على خلاف قول صاحبيه رحمهم الله : بسم الله الرحمن الرحيم . كتاب الصلاة ... » .

وعلى الغلاف : « مختلف الرواية » من تصنيف الشيخ الإمام الأجل الزاهد البارع الأستاذ رئيس الأئمة مقننى الأمة مفتى الأنام ملك الكلام سيد العلماء والمتعلمين وارث الأنبياء والمرسلين علاء الدين السمرقندى أنار الله برهانه وجعل الجنة مثواه والفرديوس مأواه اللهم آمين » (مختلف الرواية - المخطوط ١١٩ م فقه حنفى بدار الكتب المصرية وعدد أوراقه ٣٦٥ ق) .

أما « طريقة الخلاف » فهو المخطوط ٢١٧ فقه حنفى ق (أى مكتبة قوله) بدار الكتب المصرية . وعدد أوراقه ١٨٧ أو ١٨٥ وعلى الغلاف : « كتاب : طريقة الخلاف فى الفقه » عنى بتأليفه الشيخ الإمام علاء الدين العالم السمرقندى صاحب « المختلف » الذى منه نظم المنظومة النسفية وشارح الأصول للإمام محمد بن الحسن الشيبانى . وقد أشار إليه بروكلمان فى الذيل 10, 441 No 1221 . S . 111 .

* * *

وقد استظهرنا مما تفضل بكتابته إلينا صديقنا الأستاذ الدكتور أكمل الدين إحسان أوغلى مدير عام مركز الأبحاث للتاريخ والفنون والثقافة الإسلامية باستانبول فى كتابه إلينا برقم 10 - 88 - irc المؤرخ ١٨/٥/١٤٠٨ هـ الموافق ١٦/١/١٩٨٧ م جزاءه الله خيرا —

أن الموجود في مكتبة فيض الله أفندى بالسليمانية تحت رقم ١٠٢٤ في ٣٣٢ ورقة
نسخة أخرى من كتاب « مختلف الرواية » وليس « طريقة الخلاف » الذي ننشره
اليوم .

* * *

فالكتاب الذي ننشره اليوم هو « طريقة الخلاف بين الأئمة » ولم يقع لنا إلا نسخة
واحدة منه . ولكنها — فيما يبدو لنا — نسخة موثقة . يبدو ذلك من غلافها ومن آخر
صفحاتها . فلي غلافها الأول عبارة :

« هو الباقي الخلاق . كتاب طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف للشيخ
الإمام علاء الدين السمرقندي عليه رحمة ربه الهادي . حيث أوردته على ترتيب الفروع
مع أدلته العقلية والنقلية سيما مجموع اختلافاته على طريق الأصول والأجوبة . وبعد
اطلاعي على هذا الوجه الوجيه تشرفت بتملكه ومطالعته واضعاً براعة الفاني على رموس
مسائله مع أسئلته وأجوبته سائلاً متضرعاً بتوفيقه سبحانه وتعالى . وأنا العبد الفقير إلى
الله الملك القدير أبو العيمن عبد الله » .

وعلى غلافها الثاني (ويبدو أنه الأصلي) عبارات :

منها : « طالع فيه واستفاد منه الفقير إلى لطف ربه الخفي على بن ناصر الدين
الطرابلسي عفى عنه الله » .

ومنها : « ملكه بالابتغاء الشرعي العبد الفقير محمد بن محمد بن سيف الحلبي غفر
الله له وللمسلمين آمين » .

ومنها : « وبعد ما سار ودار في الأقطار والأمصار وانتقل من دار إلى دار وصار ما
صار قاده القضا وساقه ؟ إلى فناء تملك العبد الفقير محمد رفدي كان مدرسا بمدرسة
حضرة أيوب الأنصاري عليه رحمة ربه الباري » .

وللأسف لم نجد ترجمة هؤلاء رغم الرغبة في ذلك .

ومنها كتابات أخرى غير واضحة .

وفى نهايته (ورقة ١٨٥) على الهامش عبارة : « قبل وصحح بأصله المكتوب من أوله إلى آخره » .

وهذه النسخة كُتبت سنة ٦٧٣ هـ كما هو مدون فى خاتمة الكتاب على الورقة ١٨٥ . وهو تاريخ قريب نسبياً من وفاة المؤلف (٥٥٢ هـ) .

* * *

وما زلنا نأمل فى الحصول على نسخة أخرى تفيدنا عند إعادة طبع الكتاب إن شاء الله . ونحن نطمئن إلى صحة نسبة هذا الكتاب إلى مؤلفه ذاك بعد أن اطلعنا على صورة المخطوطة المنسوبة إليه أيضاً فى « أصول الفقه » برقم ٤٨٥ بمكتبة الدمام لإبراهيم باشا بمكتبة السلجمانية باستانبول — إذ هما متفقان فى المنهج والأسلوب مما لا يصدر إلا عن شخص واحد فضلاً عن الإشارة فيه إلى « طريقة الخلاف بين الأئمة » .
وبلاحظ ما يأتى :

١ — أن الكتاب يعالج فى كل « كتاب » بعض المسائل التى يراها — فيما يظهر لنا — محل خلاف كبير ولا يستوفى كل المسائل التى يتضمنها « الكتاب » فمثلاً فى « كتاب الصلاة » لا يستوفى كل مسائل الصلاة كما ترد فى كتب الفقه .

٢ — الكتاب من أوله إلى آخره يسير على نهج واحد — فهو : أولاً — يورد حكم المسألة « ويعقبه غالباً بالحكم المخالف بقوله كثيراً » وعنده « والظاهر لنا أنه يقصد — بذلك فى الغالب — « الشافعى » ثم ثانياً — يبين « الوجه فيه » أى فى الحكم . و ثالثاً — يوضح ذلك بقوله : « وإنما قلنا ذلك لأن ... » . ثم يورد الحوار أو المناظرة بادئاً — رابعاً — بكلام المخالف بصيغة : « فإن قيل : — قلنا ... » . ثم يورد خامساً — الرد على المخالف بعنوان : « الجواب : أما ... قلنا : .. » وقد يعرض الخلاف بين الحنفية أنفسهم ومثال ذلك المسألة رقم ٥٧ ص ١/٤٩ وقد ذكر المؤلف « المناظرة فى المسألة ١٦٤ ص ٢/١٤١ وهى مع أحد القولين عن الشافعى رحمه الله » .
وفيما يلى صورة الغلاف الأول للمخطوطة والغلاف الثانى والصفحة الأخيرة منها .

هو الباقي للخلاف

كتاب طرقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأربعة
 للشيخ الإمام علام الدين السقندري عليه الرحمة الهادي
 حيث أورداه على ترتيب الفروع مع أدلة العقلية
 والنقلية منها مجموع اختلافاته على طرقة
 الأصول والأجوبة بعد إطلاعي
 على هذه الوجوه أوجب نشرها
 بتملكه ومطابقتها وأتمها
 برأيه القائل في ذلك
 مع أصوله وأجوبته
 سأل الله عن نفسه
 بتوفيقه سبحانه
 وأنا العبد الضعيف المذنب
 أبو اليمن عبد الله

وقف بحكم الحاكم وقفاً دائماً

بشرط أن لا يباع ولا يورث

فقد بدله فوبالعلم

[illegible]

ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَنْ عِنْدَ اللَّهِ بِرَأْسِهَا، وَأَنْشَأَ

۱۹۰۰

Abstract

الحمد لله

حضرت فقہ حلالہ فی الفقہ

5/12

على هذا الوجه الشيخ القوام علاء الدين العالم السمرقندي صاحب
التمهيد في شرح منظومة الخصميه وشرح اصول الامم محمد بن

الحسن بن الحسين بن علي بن ابي طالب

مجلس القضاء
القضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

كتبه في شهر ربيع الأول سنة ١٢٨٥ هـ

شیخ الاسلام

اسم الفاعل

17

1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 26

100

ظالم فيه واشتد عنه
النفق والظفد اكفى
عنا ما له من الظلم حتى

北平各報

مَجْتَمَعَةٌ دِيْنِيَّةٌ

القيد

فدبوتہ

١٠٠٠

المجلس

1997

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مَجْمَعَةُ نِظَامِ عَمْرِو بْنِ

من كثر الغيب

فندب و جین

بسم الله الرحمن الرحيم

[illegible]

- 40 -

وذكر الكفارة

وجئت في الخطأ جرح حق الله قلنا لا نسلم فان لو لم يجر
 ليرفع الذنوب لا الخمر لان الاسم ينفي عن النية لا عن الجرح والعقوبة
 المعقولة في المسئلة ان هذه جناية مكفرة بالنية فلا الجبر
 الاعيان موجبا لما قصا على سائر الجنايات المكفرة بالنية
 وبيان الوصف والتأثير والاسولة عليه والآجور عنها ما ذكر
 في مسله اليمن الغفران والله اعلم بالصواب
 واتي الفراغ من هذا الكتاب في شهر ربيع الثاني سنة
 خلون سنة مرسنة ثلاثين سبعين من هجرات النبوة في العالم

والله اعلم
 بالظان
 الكفارة

والله اعلم
 بالظان
 الكفارة



(ثالثاً) منهجنا في النشر

منهجنا في النشر هنا هو نفسه الذي اتبعناه في نشر « تحفة الفقهاء » و « ميزان الأصول في نتائج العقول - المختصر » لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) وهو مبين في الجزء الأول من التحفة (ص ٢٦ - ٣٠ من أسفل) وفي ميزان الأصول « (ص : ل - ن) .

مع ملاحظة أننا ننشر هذا الكتاب من نسخة واحدة بخلاف « التحفة » و « الميزان » فكنا ننشرهما من عدة نسخ .

ومنهجنا يقوم - عموماً - على الاختصار على تحقيق النص وإخراجه كما صدر من مؤلفه بقدر الإمكان . وفي داخل هذا الإطار ننبه إلى ما يأتي :

١ - إنا ننشر هذا الكتاب من النسخة التي بين أيدينا . وهي - كما تقدم - الأصل الوحيد الذي لدينا وهي المقصود بقولنا في الهامش « الأصل » .

٢ - إن النقط غير كامل وقد قما به نحن - على مسئوليتنا حسب اجتهادنا وهو يحتمل الخطأ والصواب - ولم نستطع الإشارة في كل موضع إلى ذلك إلا امتلأ الهامش بذلك لكثرة نشرنا إلى ما يحسن الإشارة إليه لفائدة من ذلك .

٣ - وهناك أخطاء إملائية أو نحوية أصلحناها وأشرنا في الهامش - في الغالب - إليها . وإذا كانت في القرآن الكريم صححناها بالرجوع إلى المصحف مع الإشارة إلى ذلك في الغالب أو بدون الإشارة . وبيننا رقم الآية من السورة الواردة فيها واسم السورة .

كما رجعنا - في الأحاديث - إلى « بلوغ المرام من أدلة الأحكام » لابن حجر وشرحه « مبدل السلام » للصنعاني خروجاً على الأصل الذي نراه وهو أن ترجيح الحديث في كتاب فقهي مذهبي ليس من مهمة المحقق إذ عمله مقصور على نشر الكتاب كما أراده صاحبه وعلى مسئوليته أما تحقيق الحديث فهو مهمة الدارس والناقد والمخالف

٤ — قد تحتاج سلامة العبارة إلى إضافة حرف كحرف الفاء مثلاً فتضيفه بين قوسين هكذا [] .

٥ — أحياناً ترد الحروف متصلة ببعضها مثل الألف واللام - مثال ذلك : « الأولاد » تكتب هكذا : « للأولاد » (ص ١١٦) وكذا « الإبل » تكتب هكذا : « للإبل » ص ١١٦ . فنكتبها على ما اعتدناها نحن .

٦ — ترد أحياناً بين العبارات حرفا ع م . وقد تبين المراد بهما بما ورد في هامش ١/٣٢ إذ جاء فيه : « علامة العين معناه : والأول ممنوع . وعلامة الميم معناه : ولين سلمنا » . ويبدو لنا أن من كتب ذلك هو من كتب اسم الكتاب على الغلاف الأول على الوجه الذى تقدم .

كما أنه يوجد أحياناً حرف هـ ولم يرد في المخطوطة كتابة تبين المراد ، سواء في المتن أو على الهامش . ولعله من الناسخ بياناً لصفحة أو ورقة انتهت من الأصل الذى ينسخ منه - والله أعلم - وقد آثرنا كتابتها أيضاً فلعل القارئ له نظر آخر .

٧ — وقد ترجمنا في الهامش للأعلام الذين ورد ذكرهم الترجمة التى يحتملها المقام وتناسب مع المترجم له ، فلم نوجز الإيجاز الشديد الذى لا يغنى ، ولم نطل الإطالة التى تبعد عن الموضوع . وأشارنا عقب كل ترجمة إلى المصدر الذى اعتمدنا عليه .

٨ — وطبعى أن تقسيم الكلام فقرات تبدأ كل فقرة من أول السطر من عندنا . فالكتاب كله من أوله إلى آخره الكتابة فيه متتابعة دون توقف .

وكذا تقسيم الكلام بفواصل من شولة وشرطة ونقطة من عندنا . ونحن نرى أن هذا العمل مهم جداً فعليه يتوقف سهولة الإلمام بالموضوع .

وكذا ترقيم الكتب وكذا المسائل من عندنا لتيسر الإحالة إن لزم .

والله يعلم أى بذلت فيه كل جهدى فى صبر وأناة . ومع ذلك أتوقع أن يكون فيه أخطاء ككل عمل بشرى وخصوصاً لعدم وضوح خط الناسخ .

وقد وجدنا في بعض الأحيان كلمة أو عبارة غير واضحة خطأ أو معنى فبذلنا الجهد كله في التعرف عليها ورجعنا إلى كثير من كتب الفقه الحنفى وغيره ولكننا كنا نجد في هذه المعنى واضحاً أما تقويم الكلمة أو العبارة لفظاً فلا نجده وإزاء ذلك تركنا تلك الكلمة أو العبارة على ما هي عليه في المخطوطة فلعل من القراء من يوفق إلى ما لم نوفق نحن إليه . والله أعلم .

(رابعاً) منهج المناظرة

نورد فيما يلي منهج المناظرة نقلاً عن علاء الدين السمرقندى (٥٣٩ هـ) من كتاب « ميزان الأصول فى نتائج العقول - المختصر » ص ٧٦٣ - ٧٦٧ الذى وقفنا الله لتحقيقه ونشره لأول مرة . ونقتصر هنا على المتن دون هوامش التحقيق ، ومن شاء فليرجع إلى « الميزان » نفسه - قال السمرقندى رحمه الله :

وأما القسم [الثانى] الذى يرجع إلى حالة المجتهد مع غيره :

وهو دعاؤه غيره إلى ما يتضح له من الحق غالباً ، إلا أن المدعو إليه فريقان : أحدهما - من يكون مثل حاله فى الاجتهاد .

والثالثى - من لم يكن من أهل الاجتهاد ، كالعوام وطلبة العلم .

وعليه دعوة الفريقين إلى ما عنده من الحق ، لأن فى زعمه أنه على الحق ظاهراً . وغيره على الخطأ ، لما أن الحق واحد ، فيجب عليه منع الغير عما هو منكراً عنده ، والأمر بالمعروف الذى هو معروف عنده - قال الله تعالى : ﴿ كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَنَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ ﴾ (١) .

إلا أن دعوته لمن لم يكن من [أهل] الاجتهاد ، [فـ] بإظهار محاسن ما عنده وقبائح ما فى المذهب الآخر ، وإقامة الدلائل الظاهرة . ولم يجر له أن يشتغل بإظهار إشكالات الخصم ، لأنه ربما ينجع (٢) ذلك فى قلوبهم . فلا يمكنه حلها ، فلا يفيد الدعوة .

وأما دعوته لمن كان من أهل الاجتهاد ، فبالمناظرة - قال الله تعالى : ﴿ وَجَادِلْهُمْ بَالْتِى هِىَ أَحْسَنُ ﴾ (٣) . ثم لا يخلو : إما إن كان مجيباً أو سائلاً :

(١) سورة آل عمران : ١١٠ .

(٢) فى المعجم الوسيط : نجح الشيء نجوحاً : نفع وظهر أثره . ويقال : نجح القول فى سامعه .

(٣) سورة النحل : ١٢٥ .

- فإن كان مجيباً : ينبغي أن يختار ما هو أقوى الدلائل عنده . فإن كان من النصوص يظهر وجه التعلق به بأوضح الوجوه . وإن كان من العلل فيأتى بالعلة الصالحة المؤثرة ، ويبين وجه تأثير العلة في الأصل ، ويبين أنها موجودة في الفرع ، ثم يشتغل السائل بالاعتراض . ويجب على المجيب أن يحتترز عما يعد انتقالاً ، فإن الانتقال من باب الانقطاع في حقه . فأما في حق السائل : [ف] لا بأس بأن ينتقل من دليل إلى دليل ، لأنه معارض لكلام المجيب ، وما دام في المعارضة ، بدليل يصلح معاضاً ، لا يكون منقطعاً ، فأما المجيب [ف] بخلافه .

ثم ما يكون انتقالاً من حيث الظاهر ، فهو أربعة أنواع : فنوع منها مذموم ، والباقي غير مذموم .

أما الذي هو غير مذموم :

أحدها - أن يحتاج بعة لما يدعيه من الحكم ، فمنع السائل الوصف الذي ذكره بأنه علة ، فاشتغل بكلام آخر ، لإثبات ذلك الوصف علة ، لأن غرضه إثبات الحكم بتلك العلة ، فما دام يسعى في إثبات العلة بدليل ، يكون مقرباً لتلك العلة لا تاركاً ، بل يكون من ضرورات الأول ، فيضاف إليه ، وأكثر العلل ممنوعة .

والثاني - الانتقال من حكم إلى حكم آخر . بيانه أن المجيب إذا علل لإثبات حكم يدعيه ، فالسائل يقول له : لا خلاف في هذا الحكم ، إنما الخلاف في حكم آخر ، فيكون هذا تعليلاً في غير موضعه ، وهو نوعان :

أحدهما - أن يمكن للمجيب أن يثبت الحكم الذي ينازع فيه السائل ، بعين تلك العلة التي ذكرها لإثبات الحكم الأول ، وهذا يعد من فقه المجيب وحذاقته - نظيره : إعتاق المكاتب عن الكفارة إذا علل المجيب أن عقد الكتابة عقد يحتمل الفسخ والإقالة ، فلا يمنع من جواز إعتاق العبد [عن] الكفارة ، كما في الإجارة ، فيقول السائل : هذا الحكم مسلم : أن العقد لا يمنع من جواز إعتاق العبد عن الكفارة ، وإنما الخلاف في هذا أنه : هل يوجب نقصاناً في الرق والمالية في العبد [ف] يكون

مانعاً من جواز الكفارة - فيقول المجيب : لما كان هذا عقداً يحتمل الفسخ والاقالة ، فوجب أن لا يوجب نقصاناً يمنع من جواز الكفارة ، كما في الإجارة .

والثاني - أن يثبت الحكم الذي ينازعه السائل بعلّة أخرى ، كما إذا علل في الوطء في العتق المبهم أنه لا يكون بياناً ، لأن الوطء إما أن يكون بياناً صريحاً أو دلالة أو ضرورة ، وليس ببيان من هذه الوجوه ، فامتنع أن يكون بياناً ضرورة ، فيقول السائل : إن الوطء في العتق المبهم ليس ببيان عندي ، ولكن الخلاف في هذا أن من قال لأمتيه « إحداكما حرة » ، فوطيء إحدهما هل تعتق الأخرى ؟ فيقول المجيب : إن السؤال وقع عن هذا : أنه هل يكون بياناً وقد نفيت بما ذكرت من العلة ، فإن سألت عن مسألة أخرى فاعلل لها بعلّة أخرى فأقول : لا تعتق ، لأنه ما أعتق ، والعتق من العباد لا يثبت إلا بالإعتاق ، والوطء ليس بإعتاق حقيقة ، فمن ادعى أنه يتضمن الإعتاق فقد ادعى خلاف الطاهر ، ولكن مع هذا لا ينفك عن نوع غفلة ، فيجب الاحتراز عنه .

ولكن كلا الوجهين لا يكون انتقالاً مضموماً .

والثالث - أن يعتل لإثبات حكم الشارع ، المتنازع فيه ، ويبين أثر العلة في الأصل ، ويبين أنها موجودة في الفرع ، فالسائل عارضه بوجوه فاسدة ، على سبيل العناد : يريد التلييس على أهل المجلس ، وترك تلك العلة لدقة وخفاء فيها ، وأتى بعلّة أخرى لقطع الشغب على وجه يكون معلوماً لأهل المجلس ، فإنه لا يعد انتقالاً أبضاً .

كما أخير الله تعالى في قصة إبراهيم عليه السلام في محاجة اللعين بقوله تعالى : ﴿ إِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ رَبِّىَ الَّذِى يُحْيِى وَيُمِيتُ قَالَ أَنَا أُحْيِى وَأُمِيتُ ﴾ (١) وجاء بمحموسين كانا في السجن للقتل ، قتل أحدهما وعفا عن الآخر - فقال : أحيت أحدهما وأمّ الآخر ، فلما عرف إبراهيم عليه السلام أنه يريد التلييس على قومه ، بعد ما لزمته الحجة لخفائها

(١) سورة البقرة : ٢٥٨ - ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِى حَاجَّ إِبْرَاهِيمَ فِي رَبِّهِ أَنْ آتَاهُ اللَّهُ الْمُلْكَ إِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ رَبِّىَ الَّذِى يُحْيِى وَيُمِيتُ قَالَ أَنَا أُحْيِى وَأُمِيتُ قَالَ إِبْرَاهِيمُ فَإِنَّ اللَّهَ يَأْتِى بِالشَّمْسِ مِنَ الْمَشْرِقِ فَأْتِ بِهَا مِنَ الْمَغْرِبِ فَبُهِتَ الَّذِى كَفَرَ وَاللَّهُ لَا يَهْدِى الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾ .

ودقتها ، انتقل إلى الدليل الأوضح الذى لا يقبل التلبس ، كما أخبر الله تعالى : ﴿ قَالَ إِبْرَاهِيمُ فَإِنَّ اللَّهَ يَأْتِي بِالشَّمْسِ مِنَ الْمَشْرِقِ فَأْتِ بِهَا مِنَ الْمَغْرِبِ فَبُهِتَ الَّذِي كَفَرَ ﴾ (١) .

وأما الانتقال المذموم فهو أن ينتقل إلى علة أخرى ، لإثبات الحكم الأول ، لعجزه عن تنفيذ تلك العلة ، لأن المناطرة وضعت لإظهار الحق ، وفى الدلائل كثرة ، فمتى عجز عن إثبات ما يدعيه حكماً بدليل ، يشتغل بدليل آخر لا يظهر الحق أبداً ، ولأنه ضمن إثبات الحكم بما يدعيه علة وقد عجز ، ألا ترى أن الاحتراز عن النقض بعد إثبات العلة وورود النقض عليها لا يقبل ويعد انقطاعاً ، فالاشتغال بابتداء علة أخرى أولى . وإنما يجوز ذلك إذا ظهرت حجته ولزم على الخصم ، فيدفع بوجوه فاسدة ، ويريد التلبس على أهل المجلس ، فينتقل المحيى إلى الحيلة الظاهرة ، فلا يكون مذموماً ، كما فى قصة إبراهيم عليه السلام .

— وأما إذا كان ساللاً ، فعليه أن يأتي بوجوه الاعتراضات الصحيحة ، دون الفاسدة ، على العلل الصحيحة والفاسدة جميعاً .

والاعتراضات على العلل الصحيحة والفاسدة نوعان : صحيحة ، وفاسدة .

أما الصحيحة فأنواع سبعة : الممانعة ، والمتناقضة ، وفساد الوضع ، والقول بموجب العلة ، والمعارضة ، وهى نوعان : معارضة فيها مناقضة ، وهو القلب وهو نوعان ، والمعارضة المخالصة . وما عدا هذه السبعة فمن الاعتراضات الفاسدة .

أما الأول [فـ] الممانعة — وهى أنواع فى الأصل والفرع :

أما فى الأصل — [فـ] كقول أصحاب الشافعى ، فى صوم شهر رمضان سية من النهار : إن هذا صوم فرض ، فلا يصح بنية من النهار ، قياساً على صوم القضاء — فيقال لهم : لا نسلم أن هذا الوصف علة فى الأصل ، بل العلة كونه صوماً غير عين ،

(١) راجع الهامش السابق ٤ ص ٥٢ .

وهذا لا يوجد في الفرع ، وهو في الحقيقة سؤال طلب التأثير ، فلم قلت : إن كونه فرضاً مؤثراً في المنع من الجواز بنيته من النهار ؟ .

وأما في الفرع فأنواع :

أحدها - منع صلاحية الوصف علة ، فإن المعلق قد تعلل بالعدم وبالشبه ، وقد بينا فساد ذلك كله .

والثاني - أن يكون الوصف ممنوعاً وجوده في الفرع ، وإن كان في الأصل علة كقولنا : الزكاة عبادة محضة ، فلا تجب على الصبي ، كالصلاة . فيقول للخصم : لا نسلم أن الزكاة عبادة محضة .

والثالث - المنع بزيادة وصف ، كما يقول الخصم في مسألة زكاة الصبي : بلى إنها عبادة ، ولكنها عبادة مالية ، فلم قلت إنها لا تجب على الصبي ، كصدقة الفطر والعشر ، بخلاف الصلاة فإنها عبادة بدنية .

والرابع - المنع بطريق التقسيم ، وذلك نحو قولهم في الثيب الصغيرة : إنها ثيب ترجى مشورتها فلا تنكح إلا برأيها ، كالثيب البالغة - فنقول : برأى حاضر أم برأى مستحدث ؟ فإن قال : برأى حاضر ، فلم يوجد في الفرع ؟ . وإن قال برأى مستحدث ، فلم يوجد في الأصل ؟ وإن قال بأيهما ، كان ينتقض بالمنونة ، فإن لها رأياً مستحدثاً يزول الجنون ولا يتوقف على رأيها .

والخامس - منع الحكم الذي يدعيه المجيب ، وذلك نحو قولهم في بيع التفاح بالنفاحتين : إنه لا يجوز ، لأنه بيع مطعوم بجنسه متفاضلاً فوجب أن يحرم ، كما إذا باع قفيز حنطة بقفيز حنطة فنقول : أيش معنى بقولك : وجب أن يحرم حرمة مطلقة أم حرمة مؤقتة متناهية بالكل . فإن عنت الأول ، لم يوجد في الأصل . وإن عنت حرمة مؤقتة متناهية ، لم يوجد في الفرع . ونحو قولهم في شراء الأب بنية الكفارة : إن المعتق أب ، فصار كما لو ملك بالمراث ونواه عن الكفارة - فنقول : ما حكم العلة ؟ إن قالوا : وجب أن لا يجوز عن الكفارة ، فنقول : المذكور هو المعتق والأب ،

وذلك لا يوصف بالجواز عن الكفارة وعدمه . وإن قالوا: وجب أن لا يجوز عتقه عن الكفارة ، فعدنا لا يجوز عتقه عن الكفارة . وإن قالوا : وجب أن لا يجوز إعتاقه ، لم يوجد في الأصل ولا يقولون به في الفرع .

وأما النقض - فنحو قولهم في مسح الرأس : إنه ركن في وضوء ، فوجب أن يسن تكراره ، كغسل الوجه ، وهذا ينتقض بمسح الحفين ، فإنه ركن ولا يسن تكراره .

وأما فساد الوضع : - فنحو قولهم في مسح الرأس : إن هذا ركن في وضوء فوجب أن يسن تليثه كغسل الوجه - فنقول : إن هذا في الوضع فاسد ، لأن المسح ينى على التخفيف ، والتثليث من باب التغليظ ، فكان اشتراط التغليظ ، فيما بنى على التخفيف ، فاسداً ، ولهذا لم يسن في مسح الحف .

وأما القول بموجب العلة - [ف] كقولهم : القتل العمد محظور محض ، فوجب أن لا يوجب الكفارة كسائر المحظورات - فنقول : إن قتل العمد لا يوجب الكفارة عندنا ، فنقول بموجب ما ذكرتم ، ولكن هذا لا ينفي وجود معنى آخر يتعلق به الكفارة .

وأما المعارضة التي فيها مناقضة - [ف] هي القلب ، وهو نوعان :

أحدهما - أن يجعل العلة معلولاً ، والمعلول علة - مأخوذ من قلب الإناء : أن يجعل منكوساً ، فيجعل أعلاه أسفله ، وأسفله أعلاه ، كقولنا في الثيب الصغيرة : إنه يولى عليها في مالها ، فيولى عليها في نفسها ، كما في البكر الصغيرة ، فقالوا في الأصل إنما يولى عليها في نفسها ، فيولى عليها في مالها .

والثاني - وهو من قلب الشيء ظهراً لبطن ، أن يكون الوصف شاهداً عليك ، فقلبت وجعلته شاهداً لك ، وكان ظهره إليك فصار وجهه إليك .

نظيره - قولهم : إنه صوم فرض فلا يتأدى إلا بتعيين النية ، كصوم القضاء . وقولنا : صوم فرض ، فوجب أن يستغنى عن تعيين النية بعد تعيينه ، كما في صوم القضاء

بعد الشروع إلا أن القضاء يتعين بعد الشروع وهذا يتعين قبل الشروع ، والمخلص منه هو بيان الأثر لأحد الحكمين .

وأما المعارضة الخالصة - [ف] كقولهم في المسح : هذا ركن في وضوء فيسن تليته ، كالتسل ، فنقول هذا مسح في وضوء فوجب أن لا يسن تليته كمسح الخف ، فوقعت المعارضة ، فلا بد من الترجيح .

هذه وجوه الاعتراضات الصحيحة :

وقال بعض أصحابنا رحمهم الله : إن النقض وفساد الوضع لا يرد في العلة المؤثرة . وهذا ليس بصحيح ، لأن المؤثر ليس بموجب العلم قطعاً ، وإنما يوجب علم غالب الرأي وأكبر الظن . فإذا قبل النقض ظاهراً علم أنه ليس بمؤثر ، وفي الحقيقة علة الشرع لا يرد عليها النقض وفساد الوضع ، وإنما يرد على ما يدعيه المجيب علة .

وأما الاعتراضات الفاسدة [ف] لا نهاية لها :

فمنها - لإرادة الحكم مع عدم العلة . وهو فاسد ، لأن الحكم يجوز أن يثبت بعلة . ومنها - الفرق بين الأصل والفرع بمعنى آخر - وهو فاسد ، لأن هذا شرط صحة القياس ، لأن القياس بين الغنيين يكون ، فلا بد من المفارقة من وجه - والله أعلم .

وبعد

جاء في صدر كتاب الإمام محمد بن عبد الحميد الأحمدي (٥٥٢ هـ) في « أصول الفقه » ما يلي :

« بسم الله الرحمن الرحيم ، رب تمم .

الحمد لله ، كما هو أهله ومستحقه ، والصلاة على رسوله محمد وآله ، قال الإمام الأجل الكبير ، الأستاذ شيخ الإسلام علاء الدين عالم علماء الشرق والصين ، محمد بن عبد الحميد رحمه الله :

وبعد - فأني كنت جمعت « طريقة الخلاف » وأدرجت في أثناء مسائلها قدر ما يحتاج فيها من أصول الفقه على وجه الاختصار والاقتصاد ، ثم إن بعض الأعزة من أصحابي لم يقنع بذلك ، وسألني أن أؤلف فيه جمعا مفردا ، يأتي على جميع أبوابها ، وأستوفى الكلام في كل باب منها ، على الرسم المهود في مثله - فأجبتهم إلى ذلك ، وسألت الله تعالى التوفيق لإصابة الحق ، والعصمة من الخطأ ، إنه على ذلك قدير .

* * *

فهذا الكتاب : « طريقة الخلاف » ، على ما ذكر المؤلف نفسه في عبارته المتقدمة ، سابق في التأليف على كتابه في « أصول الفقه » . ونحن نلتزم بهذا الترتيب في النشر . فمع أننا أعددنا للنشر كتاب المؤلف « أصول الفقه » قبل هذا : « طريقة الخلاف » ، فقد آثرنا نشر كتابه هذا : « طريقة الخلاف » قبل كتابه « أصول الفقه » الذي سنشره - إن شاء الله - بعد هذا . التزاماً بترتيبه في التأليف على ما تقدم .

والله ولي التوفيق : نستعينه ونحمده .

طريقنا للخلاف في الفقه

بين الأئمة الأسلاف

تصنيف الشيخ الإمام العلاء العالم
محمد بن عبد الحميد الأسمندي (٥٥٢ هـ)

حفظه وعلق عليه وينشره لأول مرة

الدكتور محمد زكي عبد البر

أستاذ الشريعة الإسلامية والقانون المدني
بكلية الشريعة والقانون بالجامعات العربية
ونائب رئيس محكمة النقض
(سابقاً)

ملاحظة هامة

نكرر فيما يلي بعض ما ذكرناه في المقدمة لأهميته :

١ — هذا الكتاب - في كثير منه - مقارنة بين « فقه أبى حنيفة » و « فقه الشافعى » . وهو أمر ملحوظ في كتب الحنفية . وقد تكون بين أبى حنيفة وبين صاحبيه .

٢ — كثيراً ما يرد بين العبارات بعد تساؤل بين أمرين حرفان هما : ع م . وقد بين في هامش الورقة ١/٣٢ من المخطوطة المقصود بهما كما يلي :

حرف العين (ع) يقصد به : « والأول ممنوع » .

وحرف الميم (م) يقصد به : « ولئن سلطنا » .

٣ — وأحياناً يرد أيضاً حرف (هـ) في مكان ما من الكتاب دون أن يبين في أى موضع من الكتاب المقصود به . ولعله يشير - عند الناسخ - إلى نهاية ما وقف عنده حتى يستأنف العمل منه . فأثبتناه كما هو في موضعه .

والله أعلم .

بسم الله الرحمن الرحيم

[١]

٢/١

كتاب الطهارة

١ — مسألة : الخارج النجس من بدن آدمي ، من أى موضع كان ، يوجب انتقاض الطهارة . وعنده^(١) من السيلين .

والوجه فيه — أن الخارج من غير السيلين يشارك الخارج من السيلين في الوصف المؤثر في إيجاب الوضوء ، فيشاركه في إيجاب الوضوء .

وإنما قلنا ذلك — وذلك لأنه يشاركه في خروج النجاسة ، فيكون مشاركاً له في الوصف المؤثر في إيجاب الوضوء .

وإنما قلنا بأنه يشاركه في خروج النجاسة ، لأن الدم نجس ، ولهذا منع جواز الصلاة^(٢) إذا زاد على الدرهم بالإجماع ، وخروج النجاسة وصف مؤثر في إيجاب الوضوء ، لأن نجاسة المحل توجب الإخلال بالتقرب إلى المعبود وتنتع التعظيم في العبادة ، فمست الحاجة إلى كمال التعظيم في العبادة ، وذلك برفع المانع من التعظيم ، وهو النجاسة ، ورفع النجاسة^(٣) إنما يكون بضدها ، وهو الطهارة ، حكماً كان أو حقيقةً .

(١) قال السمرقندي في التحفة ١ : ٢٣ — « .. وقال [مالك] في قول ، وهو قول الشافعي : هو خروج الشيء من السيلين لا غير ، كيفما كان » . وفي الروضة الندية ، ١ : ٨٠ : « .. قال الشافعي رحمه الله : خروج النجاسة من غير الفرجين لا يوجب الوضوء . قال أبو حنيفة رحمه الله : يوجب بشرطه ... » . وانظر أيضاً : ابن رشد ، بداية المجتهد ، ١ : ٣٤ . وابن قدامة : المغني ، ١ : ١٨٤ .

(٢) ها تبدو علامة نقص وفي الهامش بخط غير واضح : « بالإجماع » وهذه الكلمة موجودة بعد قليل .

(٣) قد تكون « الجنابة » .

فعلّم أنه يشاركه في الوصف المؤثر في إيجاب الوضوء ، فيشاركه في إيجابه .

فإن قيل : قولكم بأن الخارج من غير السبيل يشارك الخارج من السبيلين - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه لا يشاركه ، لأن الحكم في السبيلين ثبت نصاً غير معقول المعنى ، على سبيل التعبد ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولكن سلمنا أنه يشاركه فيما ذكرتم ، ولكن لم قلّم بأن خروج النجاسة وصف مؤثر ، أو نقول : الحكم تعلق بحقيقة النجاسة أم بدليلها ؟ ع م . وهذا لأن الخارج من السبيلين قد يكون نجسا كالبول والعدّة^(١) ، وقد يكون طاهراً كالولد والدود ، فلو علقنا الحكم بأحدهما دون الآخر يحتاج الإنسان إلى النظر والتمييز بين خارج وخارج ، فيؤدى إلى المخرج والاستقذار^(٢) - فالشرع أعرض عن اعتبار حقيقة النجاسة وعلق الحكم بدليلها ، وقد وجد ذلك في السبيلين ، لأنهما أعدا لخروج النجاسة خلقاً ، فكان نفس/ الخروج دليلاً على نجاسة الخارج ، ولم يوجد في غير السبيلين ، لأنه أعد لخروج الطاهر كالدّم والبراق^(٣) والعرق وغيرها ، فلا يكون المخرج دليلاً على نجاسة الخارج .

ولكن سلمنا أن الحكم معلق بحقيقة النجاسة - لكن لم قلّم بأن نجاسة الخارج من غير السبيلين مثل النجاسة الخارجة من السبيلين ، ليصح القياس ؟ . وبيان التفاوت أن النجاسة الخارجة من السبيلين أغلظ ، لأن المخلين أعدا لخروج النجاسة . ثم الدليل على المفارقة بينهما الأحكام :

منا - أن النجاسة القليلة إذا ظهرت على رأس المخرج^(٤) لا توجب .

(١) العذرة : الغائط (المعجم الوسيط) .

(٢) استقذر الشيء : قذره - تقذّره (المعجم الوسيط) .

(٣) البراق البصاق (المعجم الوسيط) .

(٤) كذا يبدو في الأصل دون نقط . وفي المرقندى ، النخفة (١ : ٩٥) أن الدّم الذى

لم يسلم عن رأس المخرج لا يكون نجسا على قياس ما ذكر لأنه لا يتعلق به وجوب الوضوء . وفيه أيضاً (١ : ١٢٠) أن النجاسة القليلة على الثوب والبدن لا تمنع جواز الصلاة غليظة أو خفيفة =

ومنها - أن الدودة إذا سقطت منه لا توجب ، وإذا سقطت من السيلين توجب أو ظهرت على رأس الإحليل (١) .

ومنها - أن الريح إذا خرجت من غير السيلين لا توجب ، وإذا خرجت من السيلين توجب .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ ﴾ منسوقاً (٢) على قوله تعالى : ﴿ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ﴾ : على إيجاب الوضوء بالجيء من الغائط ، والملحق بالشرط عدم قبل وجود الشرط . وما روى عن النبي ﷺ أنه قال فغسل فيه وقال : « هكذا الوضوء من القيء » . ولحديث عمر وابن عباس (٣) .

استحساناً والقياس أن تمنع جواز الصلاة وهو قول زر والشافعي ، إلا إذا كانت لا تأخذها العين أو ما لا يمكن الاحتراز عنه ... الخ .
وفي هامش الأصل عبارة غير مقروية .

(١) الإحليل يخرج البول ويخرج اللبن من الثدي والضرع (المعجم الوسيط) .
(٢) النسق - حروف التسق حروف المطف يقال : هذا تسق على هذا : عطف عليه والتسق والنسوق المنتظم التلازم على نظام واحد (المعجم الوسيط) وظاهر أن المقصود هنا قوله تعالى في سورة المائدة : ٦ ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ مِنْهُ ... ﴾ وقال في سورة النساء : ٤٣ ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ ... ﴾ .

(٣) عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « من أصابه قئ أو رُغاف أو قلنس أو مذى فليصرف فليترضاً ثم لين على صلاته وهو في ذلك لا يتكلم » أخرجه ابن ماجه وضعفه أحمد وغيره - ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٦٨ ص ١٢ وسبل السلام ، ١ : رقم ٦٨ ص ١٠٦ - ١٠٧ . وانظر : السمرقندي ، التحفة ، ١ : ٩٤ وما بعدها وابن رشد ، بداية المجتهد ، ١ : ٣٥ وما روى عن عمر وابن عمر رضي الله عنهما من إيجابهما الوضوء من الرُغاف ، وإن قدمه ، للمضى ، ١ ، ١٨٤ وما بعدها .

الجواب :

- أما قوله بأن الحكم ثمة ثبت غير معقول المعنى - قلنا : لا نسلم ، بل ثبت معقول المعنى ، وإن كان منصوباً . والمعقول ما ذكرنا من المناسبة .

- قوله : الحكم تعلق بحقيقة النجاسة أم بدليلها ؟ قلنا : بحقيقة النجاسة ، لأن المؤثر حقيقة النجاسة على ما مر .

- قوله : التميز متعذر - قلنا : لا حاجة إلى التميز ، لأن الخارج من السيلين لا يكون إلا نجساً ، إما بذاته أو بمجاورة النجس إياه . وإذا أمكن تعلق الحكم بالحقيقة لا ضرورة إلى تعليق الحكم بالدليل ، وهو المخرج لأنه عضو طاهر .

- قوله : لم قلّم بأن الخارج مثل الخارج - قلنا : لأن الشرع سوى بينهما في أحكام النجاسة .

- قوله : بأن المخلين أعدا لخروج النجاسة - قلنا : بلى ، ولكنه عضو طاهر كسائر الأعضاء ، فلا تأثير له في غلظ الخارج .

٢/٢ - وأما الأحكام : فالأصل في تفريجها / أن الطهارة إنما تنتقض بمفروج النجاسة إلا أن المخرج من السيلين يحصل بمجرد الظهور ، لأن ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة ، فإذا ظهرت النجاسة علم أنها انتقلت من موضع آخر ، وفي غير السيلين لا يتحقق الخروج إلا بالسيلان ، لأن تحت كل بشرة بلة سيالة^(١) فتظهر بزوال الحائل ، لا بالانتقال ، فلا بد من السيلان .

وكذلك الدودة والريح ، لا يخلو عن مجاورة قليل النجاسة المنتقلة عن موضع آخر ، فيتحقق الخروج . وفي غير السيلين لا يتحقق الخروج ، فافترقا .

وأما الآية - قوله : المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط - قلنا : لا نسلم . وظاهر

(١) البلة بالكسر الندوة والتلل الندى (مختار الصحاح) وسال الماء سيلاً وسيلاناً جرى (المعجم الوسيط) .

أنه لا ينفي وجوده قبل الشرط ، فإنه لو علق طلاق امرأته بدخول الدار لا يكون نافياً
طلاقها قبل الدخول على ما عرف .

وأما حديث القىء - قلنا : يحتمل أنه كان ملء الفم فيكون ناقضاً . ويحتمل أنه
كان أقل منه فلا يكون ناقضاً . على أن الظاهر من حاله قلة القىء ، لقلة أكله ، عملاً
بالدليل .

وأما حديث عمر - فلا حجة فيه ، لأنه صاحب الجرح السائل .
وحديث ابن عباس - معمول على نفي الاعتسال ، رداً على من كان يوجب ذلك ،
عملاً بالأدلة .
والله أعلم .

٢ - مسألة : النية والترتيب في الوضوء ليسا بشرط . وعنده (١) شرط .
والوجه فيه - أن شرط جواز الصلاة إنما هو الطهارة ، وقد حصلت ، فتجوز
الصلاة ، قياساً على مواضع الإجماع .

وإنما قلنا ذلك - لقوله عليه السلام : « لا صلاة إلا بطهارة » .
وإنما قلنا : قد حصلت الطهارة ، لأنه وجد استعمال الماء ، والماء طهور مطلقاً ،
لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُوراً ﴾ (٢) والطهور اسم لما يطهر غيره نقلاً
عن أئمة التفسير واللغة (٣) . وإذا وجد استعمال المطهر ، تحصل الطهارة ضرورة ،
فيكتفى به .

فإن قيل : قولكم بأن الطهور اسم لما يطهر غيره - قلنا : لا نسلم ، بل الطهور
اسم للطاهر على سبيل المبالغة ، كالأكل اسم للأكل على سبيل المبالغة (٤) .

(١) أى الشافعى - انظر السمرقندى ، التحفة ١ : ١٣ و ١٦ فقه : أنهما سنة عند الحنفية
فرض عند الشافعى .

(٢) الفرقان : ٤٨ . وانظر : الأنفال : ١١ .

(٣ - ٤) الطهور : الطاهر في نفسه المطهر لغيره - كنذا في المعجم الوسيط .

ولكن سلمنا أن الطهور اسم للمطهر ، ولكن بمعنى إزالة / النجاسة الحقيقية (١) أم بمعنى إزالة النجاسة الحكمية ؟ م ع غابة ما في الباب أنه مطلق ، ولكنهما أمران متغايران ، فلو حملنا اللفظ عليهما يؤدي إلى اشتغال اللفظ الواحد على معنيين مختلفين .
ولكن سلمنا أن الطهارة قد حصلت ، ولكن لم نعلم بأنه يجوز الصلاة بدون النية للصلاة عند الوضوء ؟ .

ثم هذا معارض بالكتاب والسنة .

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ﴾ (٢)
أي للصلاة .

وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » .

الجواب :

قوله : الطهور اسم للطاهر - قلنا : لا نسلم ، بل اسم للمطهر [في] اللغة [والتفسير] (٣) .

= وقال الشوكاني في فتح القدير ، ٤ : ٨٠ : « ماء طهوراً أى يتطهر به . قال الأزهري : الطهور في اللغة الطاهر المطهر . والطهور ما يتطهر به ... هذا هو المعروف في اللغة . وقد ذهب الجمهور إلى أن الطهور هو الطاهر المطهر . ويؤيد ذلك كونه بناء مبالغة . وروى عن أبي حنيفة أنه قال : الطهور هو الطاهر واستدل لذلك بقوله تعالى : ﴿ وَسَقَاهُمْ رَبُّهُمْ شَرَاباً طَهُوراً ﴾ الإنسان : ٢١ ، معنى طاهر ... ورجع القول الأول ثعلب ، وهو راجع لما تقدم من حكاية الأزهري لذلك عن أهل اللغة ... وعلى كل حال فقد ورد الشرع بأن الماء طاهر في نفسه مطهر لغيره - قال الله تعالى : ﴿ يُنَزِّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَكُمْ بِهِ ﴾ (الأنفال : ١١) وقال النبي ﷺ « خلق الله الماء طهوراً ... » .

(١) في الأصل : « الحقيقة » - قال السمرقندي ، التحفة ، ١ : ٢٢ « الحدث نوعان : حقيقى وحكى » وسأبقى بعد قليل : « النجاسة الحقيقية أم الحكمية » .

(٢) المائدة ٦ - وهي : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ ... ﴾ .

(٣) الطاهر في متن الأصل : « اسم للمطهر .. » ورفقهما بين السطور : « للطاهر » . ولى =

[قوله (١) : بمعنى إزالة النجاسة الحقيقية أم الحكمية ؟ - قلنا : اللفظ مطلق فيتناولهما .

قوله : بأن الطهارة الحقيقية مخالفة للطهارة الحكمية - قلنا : هذه مخالفة من حيث النوع ، وإنما لا تمنع دخوله تحت مطلق الاسم ، كالرقبة التركية والهندية في قوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٢) .

قوله : لم قلتم بأنه تجوز الصلاة بدون النية للصلاة عند الوضوء وإن حصلت الطهارة - قلنا : لأن الطهارة إذا حصلت وجب القول بجواز الصلاة ، لقوله عليه السلام : « لا صلاة إلا بطهارة » : نفى واستثنى ، والاستثناء من النفي إثبات .
وأما الآية - قلنا : نقل عن ابن عباس أنه أضمر فيها « إذا قمتم إلى الصلاة ، وأنتم محدثون » فلم قلتم بأنه محدث ؟ .

وأما الحديث - قلنا : المراد من الأحاديث الأعمال التي هي عبادة لإجماعنا على أن النية ليست بشروط فيما ليس بعبادة ، ونحن نسلم أن الوضوء إذا عرى عن النية لا يقع عبادة ، ولكنه يقع وسيلة إلى الصلاة ، لما ذكرنا من حصول الغرض ، وهو الطهارة ، كالسعي إلى الجامع .

= المامش قلنا « قلنا : لا نسلم بل اسم للمطهر - اللفظ و » والظاهر أن الكلمة الناقصة « التفسير » .

(١) « قوله » في المامش .
(٢) النساء : ٩٢ : ﴿ وَنَ قُلْ مُؤْمِنًا خَطَا فَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ... فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُمْ مَوْثِقُونَ فَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ... وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ يَبْتَغُونَ بَيْتَكُمْ وَيَتَّقُونَ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهَا وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ... ﴾
والمائدة : ٨٩ . ﴿ ... وَلَكِنْ يُؤْتِنَاكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ كَسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ... ﴾ .
والمجادلة : ٣ : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَنَاسُوا ... ﴾ .
والبلد : ١٢ - ١٣ : ﴿ وَنَا أَنْزَلْنَاكَ مَا الْغَبَةُ . فَلَوْ رَقَبَةٍ ﴾ .

٣ — مسألة : إزالة النجاسة الحقيقية بما سوى الماء من الماتعات الطاهرات جائزة .
وعنده لا يجوز (١) .

والوجه فيه — أن الخل شارك الماء في كونه مؤثراً في إزالة النجاسة ، فيشاركه في إفادة الطهارة .

٢/٣ وإنما قلنا ذلك — لأن الماء شيء رقيق لطيف فيدخل خلال الثوب / فتصحبه أجزاء النجاسة . فإذا عصر الثوب يزول عنه الماء فيزول معه ما صحبه من أجزاء النجاسة ، والخل يشاركه في هذا الوصف بل فوقه في قلع الآثار ، فعلم أن الخل يشارك الماء في كونه مؤثراً في إزالة النجاسة ، فوجب أن يشاركه في إفادة الطهارة ، لأن الماء إنما يؤثر في إفادة الطهارة لكونه مؤثراً في إزالة النجاسة ، لأن نجاسة الثوب ما كان باعتبار ذاته ، فإن ذاته طاهر ، بل باعتبار مجاورة النجاسة لها ، فإذا زالت المجاورة صار الثوب طاهراً — هذا المعنى موجود في الخل ، بل أقوى ، فيفيد الطهارة ضرورة .

فإن قيل : قولكم بأن الخل شارك الماء في كونه مؤثراً لإزالة النجاسة — قلنا : لا نسلم بأنه يؤثر في إزالة النجاسة ، وهذا لأن الخل إذا خالط نجاسة الثوب يصير نجساً ، والنجس لا يزيل النجاسة ، وهكذا نقول في الماء ، إلا أن الشرع حكم ثمة بالطهارة لمكان الضرورة غير معقول المعنى ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولئن سلمنا أن الخل يؤثر في إزالة النجاسة الحقيقية ، ولكن لم قلتم بأنه يؤثر في إفادة الطهارة الشرعية ، وهذا لأن المعنى من الطهارة الشرعية كون المحل بحال يجوز أداء الصلاة معه ، وهذه الحالة تزول بسبب المجاورة ، كما تزول عن أعضاء المحدث بسبب الحدث ، ثم زوال السبب وهو عين النجاسة ، لا يوجب زوال هذا الحكم — دل عليه أنه لا يجوز إزالة الحدث به .

(١) قال بالحوازي أبو حنيفة وأبو يوسف . وبعدم الجواز محمد و زفر والشافعي — السمرقندي ،
الصفحة ، ١ : ١٢٥ .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « حثيه وقرصيه واغسله بالماء » (١) .

الجواب :

قوله : الخل بمخالطة النجاسة يصير نجساً ، فلا يزول النجاسة - قلنا : عنه
جوابان :

أحدهما - لا نسلم بأنه يصير نجساً ، بل يبقى طاهراً شرعاً ما دام على المحل ،
ضرورة إقامة التكليف .

والثاني - أنه يصير نجساً ، ولكن نجاسة المجاورة لا نجاسة الذات . فإذا تقللت
المجاورة وزالت النجاسة شيئاً فشيئاً بتكرار الغسل ، يبقى الماء الأخير خالياً من المجاور
النجس ، فكان طاهراً .

١/٤ / قوله : لم قلّم بأنه يؤثر في إفادة الطهارة الشرعية - قلنا : لأنه المعنى من طهارة
الثوب شرعاً ، كونه بحال يجوز أداء الصلاة فيه ، والثوب كان بهذه الحالة ، إلا أنه امتنع
عمله لمانع ، وهو مجاورة النجاسة ، فإذا زال المانع ، عمل عمله ، وصار الثوب بحال لو
صلى معه يحصل كمال التعظيم ، فاشتراط الماء منع له من ذلك ، فلا يجوز ، بخلاف
المحدث ، لأنه نجاسة حكمية ، فيتبع في إزالته مورد الشرع ، أما ههنا بخلافه وبخلاف
الماتعات الدسمات ، لأن الدسومة مانعة من القلع .

وأما الحديث - قلنا : أوجب الغسل بالماء لغيره ، وهو زوال النجاسة ، لا لعينه ،
لأن الغرض هو التطهير بالآية (٢) ، فإذا حصل المقصود ، فلا حاجة إلى اشتراط الماء
على التعمين .

والله أعلم .

(١) عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال في دم الحيض يصيب الثوب :
« تَحْتُهُ ثُمَّ تَقْرُسُهُ بِالْمَاءِ ثُمَّ تَغْتَسِلُ فِيهِ » . ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٢٧ ص ٦ .
وفي هامشة : ثم تنفضه أي تفسله . وسبل السلام ، ١ : رقم ٢٧ ، ص ٥٥ - ٥٦ .

(٢) وهي قوله تعالى : ﴿ وَأَنزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا ﴾ (الفرقان : ٤٨) . وقوله : -

كتاب الزكاة

٤ — مسألة : الزكاة واجبة في الحل . ولا تجب عنده (١) .

والوجه فيه — أن الزكاة حكم متعلق بوصف ملازم لعين الذهب والفضة ، وهو الثمنية ، فيبقى ما بقي العين ، قياساً على حكم الربا : فإنه متعلق بوصف ملازم للذهب والفضة وهو الوزن أو الثمنية .

وإنما قلنا ذلك — لأن سبب وجوب الزكاة مال نام مقدر ، لأن الزكاة في اللغة عبارة عن النماء والزيادة ، إلا أن الحكم غير متعلق بحقيقة النماء ، لأنه قد يحصل وقد لا يحصل ، فتعلق الحكم بدليله ، وهو التجارة . ولا يمكن أيضاً تعليقه بحقيقة التجارة ، لأنها قد توجد وقد لا توجد ، فتعلق بدليل التجارة ، ودليل التجارة في الذهب والفضة الثمنية ، لأنها داعية إلى التجارة ، فكأنت الزكاة متعلقة بوصف الثمنية ، ووصف الثمنية ملازم لعين الذهب والفضة ، وإنها باقية بعد الصياغة ، لأن المعنى من الثمنية كونه بحال يقدر به مالية الأشياء ويتوصل إليها ، وهو بهذه الصفة بعد الصياغة ، فيبقى الحكم المتعلق ، فتجب الزكاة .

فإن قيل : قولكم بأن سبب وجوب الزكاة مال نام ، لأن الزكاة عبارة عن النماء — قلنا : لا نسلم ، بل الزكاة عبارة عن الطهارة ، فلا يناسبها [ل] النماء .

= ﴿ ... ونزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به ﴾ (الأنفال : ١١) وراجع فيما تقدم ص ٥ - ٦ والهامش ٣ - ٤ منها .

(١) عند الشافعي إذا كانت حلياً يمل لبسها كحل النساء ونحوهم الفضة للرجال ونحوها لا زكاة فيها في أحد القولين - السمرقندي ، التحفة ، ١ : ٤١٤ . وقال الشيرازي في المهذب ، ١ : ١٥٨ : « وإن كان (أى المصوغ) معداً لاستعمال مباح كحل النساء وما أعد لمن ، وخاتم الفضة للرجال ففيه قولان : أحدهما لا تجب فيه الزكاة .. والثاني تجب فيه الزكاة واستخار الله فيه الشافعي واختاره » . وفي رموس المسائل للزمخشري (٥٣٨ هـ) المسألة ١١٥ ص ٢١٦ — ٢١٧ : « الزكاة تجب في الحل عندنا (عند الحنفية) سواء كان للرجال أو للنساء . وعند الشافعي لا تجب إذا كان للنساء ... » .

ولئن / سلمنا أن سبب وجوب الزكاة مال نام ، ولكن لم قلم بأنه موجود هنا ؟ . ٢/٤

قوله - بأن الحكم تعلق بدليل إجماع ، وهو دليل الثمنية : قلنا : [هل] الحكم تعلق بالثمنية التي تثبت بأصل الحلقة أم بالثمنية التي تثبت باصطلاح الناس ؟ ع م . وهذا لأن الذهب والفضة كما يصلحان لجهة^(١) الثمنية يصلحان لمصالح آخر ، فلا تتعين الثمنية بأصل الحلقة ، وإنما تصير الثمنية باصطلاح الناس ، وهو الداعي إلى التجارة ، والحل لا تعد للثمنية باصطلاح الناس غالباً ، فلا يجب فيها الزكاة .

ولئن سلمنا بأن الذهب والفضة خلقا في الأصل ثمناً ، ولكن لم قلم بأنه بقي هذا الوصف بعد الصياغة ؟ وهذا لأن الوصف الثابت بأصل الحلقة قد يطل بعراض من جهة العبد ، بأن يجعل العوامل سوامم والسوامم عوامل^(٢) ، فتجب الزكاة مرة وتطل أخرى ، واتخاذ حلياً يشعر بإعداده للإمساك ، فكونه ثمناً يشعر بإعداده للإخراج ، وبينهما تناف .

ثم هذا القول معارض بقوله عليه السلام : « لا زكاة في الحل » وقول ابن عمر : « زكاة الحل إعارتها »^(٣) .

الجواب :

- قوله : بأن الزكاة عبارة عن الطهارة - قلنا : بلى . ولكن المراد ههنا معنى إجماع ،

(١) الجهة الجانب والتاحية . وضلت كنا على جهة كنا : على نحوه وقصده - المعجم الوسيط .

(٢) العوامل جمع عاملة وهي ما تستعمل في الحرث والدياسة والسقى من البقر والإبل . والسوامم جمع سائمة وهي كل إبل أو ماشية ترسل للرعى ولا تعلق - المعجم الوسيط .

وعن علي رضي الله عنه قال : « ليس في البقر العوامل صدقة » رواه أبو داود والدارقطني والراجح وقفه (ابن حجر ، بلوغ المرام : رقم ٤٨٨ ص ٨٤) . أما السوامم ففيها الصدقة - المرجع السابق ، رقم ٤٨٦ ص ٨٤ .

(٣) راجع : ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٩٧ - ٤٩٩ ص ٨٦ . وسيل السلام ، رقم ٥٧٩ و ٥٨٠ ص ٦١٤ - ٦١٥ .

لأن الله تعالى أمر بإيتاء الزكاة ، والأمر بإيتاء الطهارة لا يجوز ، فلا يجوز أن يقال « آتوا الطهارة » ولكن يجوز أن يقال « آتوا »^(١) الزيادة من المال ، فكان ما ذكرناه أولى .

- قوله : الحكم تعلق بالثمنية الثابتة بأصل الحلقة أم باصطلاح الناس ؟ قلنا : بالثمنية الثابتة بأصل الحلقة وإن كان [ست] الثمنية الثابتة بالاصطلاح أدعى إلى الجاء ، لأن الحكم لا يدار على النهاية في الدليل ، وإنما يدار على أصل الدليل ، كما في السفر مع المشقة .

- قوله : هما لا يتعينان للثمنية - قلنا : لا نسلم ، بل يتعينان من حيث إنها هي الحلقة^(٢) الأصلية منهما ، وغيرها تبع .

- قوله : لم قلّم بأنه بقى هذا الوصف بعد الصياغة ؟ قلنا : لأنه كان قبل الصياغة ، والصياغة لا تبطل حقيقة وشرعاً : أما حقيقة فلأن اتخاذه حلياً يحتمل الإمساك للتحل ويحتمل / الصرف في التجارة ، لكونه صالحاً لهما ، فلا تبطل الثمنية الخلقية بالشك والاحتمال . وأما شرعاً فلأن الشرع أطلق التحل للنساء ، ولو كان مبطلاً لما أطلق ، لأنه حيثئذ يكون إخلالاً بأعلى المصلحتين لإقامة أدناهما ، بخلاف الدواب ، لأن كلا من الإسامة والإعمال مصلحة موازنة^(٣) للأخرى .

وأما الحديث - قالوا : إنه غير ثابت . ولكن ثبت فيحمل على اللآلئ والجواهر عملاً بالدليلين .

والله أعلم .

(١) عبارة « الطهارة ... آتوا » وردت في الهامش تصحيحاً أو تكملة لنقص وقع من الناسخ .

(٢) كذا ترأها جرياً على ما سبق من تعبير وإن كانت غير واضحة هنا .

(٣) وزن بين الشيعين موازنة ووزناً ساوياً وعادل - المعجم الوسيط - هنا أى مساوية للأخرى .

٥ - مسألة : لا تجب الزكاة في المال الضيما^(١) . وعنده تجب^(٢) .

والوجه فيه - أن مال الضيما ليس بنام ، فلا تجب الزكاة فيه ، قياساً على ثياب البذلة^(٣) .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأنه لو كان نامياً : إما أن يكون نامياً حقيقة ، أو تقديرًا بقيام دليل النماء - لا وجه للأول لأنه لم يوجد حقيقة لأن الكلام فيه . ولا وجه للثاني لأن دليل النماء هو التجارة ، ودليل التجارة القدرة عليها ، ولم توجد القدرة ههنا - لأن ذلك إنما يكون بالنش^(٤) والنش إنما يكون بالتذكر ، والتذكر غير مقدور له ، فلا يكون نامياً ، لا بحقيقته ولا بدليله ، فلا تجب الزكاة لانعدام السبب المناسب .

فإن قيل : التعليل يشكل بالمال الموضوع في صندوقه إذا نسيه حتى حال الحول ، وبالدین على المفلس المقر ، وللمال المدفون في البيت ، والكرم^(٥) إذا نسي مكانه ، والبديعة إذا نسي المودع ، ومال ابن السبيل - فإنه تجب الزكاة في هذه الصور مع وجود ما ذكرتم .

ثم نقول : لا نسلم بأن دليل النماء هو القدرة على التجارة ، بل دليل النماء صلاحيته للتجارة عند تصور التجارة ، وقد وجد ههنا .

(١) مال ضيما لا يرجى عوده . ودين ضما ليس له أجل معلوم أو لا يرجى أدائه - المعجم الوسيط .

(٢) قال السمرقندی في التحفة ، ١ : ٤٥٨ : « وعند الشافعي الدين كلها سواء وتجب الزكاة فيها والأداء وإن لم يقبض » .

(٣) انظر : السمرقندی ، ١ : ٤٥٩ .

(٤) نشه استشاره يستخرج ما فيه . ونش الحديث وعن الحديث فتش عنه واستخرجه - المعجم الوسيط .

(٥) من معاني الكرم القلادة - يقال : رأيت في عنقها كرمًا حسنًا من لؤلؤ - مختار الصحاح .

ولئن سلمنا أن دليل النماء هو القدرة ، ولكن لم قلم بأنه لم توجد ؟ وهذا لأن القدرة بالتذكر ، والتذكر غالب الوجود ، وإن لم يوجد قبله الحكم عليه ، كما في السفر مع المشقة .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴾ ^(١) وقوله عليه السلام : « في الرِّقَّة ربع العشر » ^(٢) إلى غيرها من النصوص مطلقاً من غير فصل .

الجواب :

أما المال الموضوع في الصندوق - [ف] لا يرد نقضاً ، لأن التذكر / ثم أغلب والنسيان نادر ، أما ههنا على العكس . ٢/٥

وأما الدين على المفلس - قلنا : القدرة ثابتة ثمة في الجملة ، بأن يشتري شيئاً بالدرهم ويحبل البائع عليه .

وأما المال المدفون في البيت - فطريق الوصول في يده ، وهو نبش ^(٣) كل البيت .
ومسألة المودع - إن لم يعرف في الابتداء ، لا تجب الزكاة فيه . وإن عرفه ثم نسيه تجب ، لأن نسيان من يودع نادر ، فألحق بالعلم .

وأما المدفون من ^(٤) الكرم - [فقد] اختلف المشايخ فيه ، فمنع .

(١) المعارج : ٢٤ - ٢٥ : ﴿ وَالَّذِينَ فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ لِلسَّائِلِ وَالْمَغْرُومِ ﴾ .
والذاهبات : ١٩ : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِلسَّائِلِ وَالْمَغْرُومِ ﴾ وفي الأصل : ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ ﴾ بدون « الذين » .

(٢) من حديث طويل أورده ابن حجر في بلوغ المرام (رقم ٤٨٢ ص ٨٢ - ٨٣) عن أنس رضي الله عنه مما كتب له أبو بكر الصديق رضي الله عنه - رواه البخاري . والرقعة بكسر الراء وتخفيف القاف الفضة الخالصة - الهامش ٤ من بلوغ المرام ص ٨٣ وفي المعنى : ٣ : ٣ « الرِّقَّة هي الدراهم المضروبة » - انظر « وَرَقٍ » في مختار الصحاح .

(٣) نبشه نبشاً استأره ليستخرج ما فيه - المعجم الوسيط .

(٤) في الأصل : « في » راجع فيما تقدم ص ١٥ هامش ٥ .

وأما مال ابن السبيل - [ف] مال نام^١، لأنه قدر على استنائه ، إما بنفسه بأن يذهب إليه ، أو بتأبته .

قوله : بأن دليل النماء هو الصلاحية للتجارة - قلنا : ليس كذلك ، لأن الصلاحية قد تفضى وقد لا تفضى ، إذ ليس كل ما يصلح لأمر يستعمل في ذلك ليربو .

قوله : بأن التذكر غالب^(١) - قلنا : لا نسلم ، بل هو محتمل احتمالاً على السواء .

ولئن سلمنا أنه غالب ، ولكن إنما يكون قادراً عند وجود طريقه ، فإذا لم يوجد حتى تم الحول ، لم يكن الاعتذار دليلاً ، بخلاف السفر ، فإن المشقة فيه غالبية والترفع نادر .

وأما النصوص - قلنا : هذه عمومات خصت منها ثياب البذلة وبديل الكتابة وغيرها - فيخص المتنازع فيه ، بما ذكرنا من الدليل .

والله أعلم .

٦ - مسألة : المستفاد من جنس النصاب يضم إلى ما عنده من النصاب في حكم الحول . والمراد أنه تجب الزكاة فيه عند تمام الحول على الأصل . وعنده لا يضم^(٢) .

والوجه فيه - أن اشتراط الحول للمستفاد يؤدي إلى العسر ، فوجب أن لا يشترط ، قياساً على الأولاد والأرباح .

وإنما قلنا ذلك - لأن أسباب المستفاد يكثر وجودها ، فلو شرطنا الحول لكل مستفاد ، يحتاج إلى اعتبار ابتداء الحول وانتهائه لكل مستفاد فيؤدي إلى العسر ، والحول في باب الزكاة حيث شرط إنما شرط لدفع العسر والخرج ، فإذا أدى إلى العسر والخرج وجب أن لا يشترط كما قلنا في الأولاد والأرباح .

(١) في الأصل : « غالباً » - انظر ما على .

(٢) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ١ : ٤٣٢ وما بعدها .

(طريقة الحول في الفقه - م ٢)

١/٦ فإن قيل : التعليل يشكل بالمستفاد بخلاف الجنس ثم يقول : أبش^(١) / تعنى بأن اشتراط الحول في المستفاد يؤدى إلى العسر ؟ - تعنى به أصل المشقة أو تعنى به نهاية المشقة الخارجة عن الوسع ؟ إن عنت به الأول ، فهو المقصود من العبادات . وإن عنت به الثانى فلا نسلم أنه ثابت ههنا ، وإن سلمنا أنه يؤدى إلى العسر . ولكن لم قلم بأنه لا يشترط ؟ .

وأما القياس على الأولاد والأرباح - قلنا : الفرق ظاهر ، وهو أننا قلنا ثم بالضم لمة التبعية ، والتبع له حكم الأصل ، أما ههنا بخلافه .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام « لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول »^(٢) وبقوله عليه السلام : « من استفاد مالاً فلا زكاة عليه حتى يحول الحول »^(٣) .

الجواب :

أما المستفاد بخلاف الجنس - إنما لا يضم ، لأن اشتراط الحول لا يؤدى إلى العسر ، لأنه لا يكثر وجوده . أما هنا بخلافه .

قوله : أبش^(٤) تعنى بالمشقة ؟ قلنا : نعتى بها المشقة الزائدة على المشقة الحاصلة بنفس أداء الزكاة لما ذكرنا ، لا أصل المشقة .

قوله - بأن الضم في الأولاد إنما كان للتبعية - قلنا : لا نسلم ، بل كان لما ذكرنا ، من دفع الحرج ، لمكان المناسبة .

وأما الأحاديث - قلنا : عمومات يخص منها البعض ، والعام إذا خص منه البعض

(١) أبش منحوت من « أى شيء » بمعناه . وقد تكلمت به العرب - المعجم الوسيط .

(٢) في ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٨٧ ص ٨٤ : « .. وليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول » رواه أبو داود وهو حسن . وقد اختلف في رقه .

(٣) في ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٤٨٧ ص ٨٤ : « ولترمذى عن ابن عمر : « من استفاد مالاً فلا زكاة عليه حتى يحول الحول » . والرابع رقه .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش (١) .

بقى حجة . على أن قوله : « من استفاد مالا » - الصحيح أنه من كلام ابن عمر ، وقول صحابى واحد لا يكون حجة .

٧ - مسألة : أثمان الإبل المزكاة لا تضم إلى ما عنده من النصاب فى حكم الحول .

والوجه فيه - أن إيجاب الزكاة فى ثمن الإبل المزكاة عند تمام الحول على الأصل ، يؤدى إلى أداء الزكاة مرتين ، فى مال واحد ، فى حول واحد ، فوجب أن لا يجب .

ولمّا قلنا ذلك - لأن المال وإن اختلف صورة ، فهو متحد معنى ، لأن الثمن قائم مقام الثمن .

ولمّا قلنا بأن الحول متحد - لأن الزكاة إنما تجب فى الثمن يحول بحول على الأصل ، وقد مضى بعض حول الأصل على عين^(١) الإبل ، وأداء زكاتها ، فلو وجب الزكاة فى بقية الحول فى الثمن ، كان ثنى^(٢) وذلك منفى لقوله عليه السلام : « لا ثنى فى الصدقة » .

فإن قيل : قولكم بأن المال واحد - قلنا : لا نسلم ، بل تغاير حقيقة وحكماً : أما / حقيقة فلائن حقيقة الدراهم غير حقيقة الإبل . وأما حكماً فلائن الزكاة تعلقت بالإبل من حيث إنها عين الإبل ، لا من حيث إنها مال ، بدليل أنه لا يحتبر قيمتها .

(١) فى الأصل قلنا : « عين » لا « ثمن » - كما يبدو .

قال السمرقندى فى التحفة ، ١ : ٤٣٥ : « وصورة المسألة : رجل له خمس من الإبل السائمة ، ومائتا درهم - فم الحول على السائمة وزكاهما ثم باعها بدراهم ، ثم تم حول الدراهم ، يضم الثمن إلى الدراهم التى عنده ، ويؤكى الكل عندهما ، وعند أبى حنيفة يستأنف لها حول على حدة ... » راجع : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤٣٢ - ٤٣٦ حيث فصل الكلام فى « الاستفاد » .

(٢) التى مقصوداً الأمر يعاد مرتين . وفى الحديث : « لا تنى فى الصدقة » أى لا تؤخذ فى السنة مرتين (بخار الصحاح) . وفى الأصل مكتوبة هكذا « لا نا » وكذا فيما بعد ، وانظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٤٣٤ - ٤٣٦ .

ولكن سلمنا أن المال متحد ، ولكن لم قلم بأن الحول متحد ، أو نقول : الحول متحد حقيقة أم حكماً ؟ ع م - بيانه : وهو أنا جعلنا حول الأصل حائلاً على الثمن حكماً لا حقيقة فلم يتحد الحول .

ولكن سلمنا اتحاد المال والحول - ولكن لم قلم بأنه لا يجوز ؟ .

وأما حديث الثني^(١) - قلنا : الحديث عن الثني مطلقاً ، فيصرف إلى الثني من كل وجه ، وهذا ثني من وجه دون وجه ، فلا يتناوله الحديث .

الجواب :

قوله : بأن الزكاة تعلقت بالإبل من حيث إنها عين^(٢) الإبل ، لا من حيث إنها مال - قلنا : لا نسلم بل تعلقت من حيث إنها مال ، لأن الزكاة وإن تعلقت بالنصب من حيث أعيانها ، ولكن تعلقت أيضاً بوصف المالية في كل الموضع ، لاقتضاء النصوص نحو قوله تعالى : ﴿ خذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾^(٣) و ﴿ وَفِي أَمْوَالِهِمْ ﴾^(٤) و « هاتوا ربع عشور أموالكم »^(٥) . ولأن الزكاة وجبت شكراً لنعمة هذه الأعيان من حيث إنها مال ، والثمن أقيم مقام الإبل بوصف المالية فأتحد المال معنى ، إلا أن الشرع قدر مالية الإبل بخمسة أعداد كما قدر مالية الدراهم بالمائتين .

قوله : الحول متحد حقيقة أم حكماً ؟ قلنا : لما ثبت أن الثمن بدل الإبل ، وقيام البديل كقيام المبدل ، فصار كأن الإبل قائمة معنى ، ولو كان هكذا كان إيجاب الزكاة

(١) في الأصل كذا : « البناء » وفي المعجم الوسيط . البناء قيد للدابة ذو شقين تربط بكل شق رجل يسمى كل شق بناء . وَتَاء يقال جامعوا تَاء : اثنين اثنين .

(٢) كذا في الأصل : « عين » - راجع ما تقدم في المسألة .

(٣) التوبة : ١٠٣ ﴿ خذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا .. ﴾ .

(٤) راجع فيما تقدم الماشي ١ ص ١٦ .

(٥) في ابن قدامة ، المغنى ، ٣ : ٧ - « وقال النسي رحمته : هاتوا ربع العشر : من كل أربعين درهما درهما ... » .

في مال واحد في أقل من سنتين مرتين ، وإنه يؤدي إلى التي .

قوله - بأن الحديث ينفي التي من كل وجه ، وهذا يثنى من وجه دون وجه - قلنا : الحديث ينفي التي مطلقاً ، وهو تثنية الزكاة ، إلا أننا توافقنا على أن التي عند تعدد الحول وتعدد المال صورة ومعنى غير مراد - فيقضى التي ، عند اتحاد الحول والمال ، معنى مراداً^(١) بالنص ، عملاً بالنص بقدر الإمكان .

والله أعلم .

٨ - مسألة : مال المديون بقدر الدين لا يتعقد سبباً لوجوب الزكاة .

والوجه فيه - أن الزكاة لو وجبت عليه لا يخلو : إما أن تجب على وجه يؤدي من هذا المال أو يؤدي من مال آخر - لا وجه / للأول ، لأن هذا المال واجب الصرف إلى الدين ، لأن الكلام فيما إذا لم يكن له مال آخر سواه ، والدائن يضيّق عليه بالمطالبة ، ومطل الغنى ظلم ، فلو صرف إلى الفقير يكون إخلالاً بالواجب وظلماً وإنه حرام . ولا وجه للثاني لأن الكلام فيما إذا لم يقدر على مال آخر أصلاً ، فانتفى الوجوب ، قياساً على ثياب الهذلة .

فإن قيل - قولكم بأن هذا المال واجب الصرف إلى الدين - قلنا : لا نسلم .

قوله - الكلام فيما إذا لم يكن له مال آخر - قلنا : نعم ، ولكن يمكن قضاء الدين بواسطة الاكتساب والاستقراض ، فلا يتعين هذا المال بدليل أنه لا يتعلق الدين بعينه ، حتى لا يسقط الدين بهلاك هذا المال ، ولا يكون للدائن منع التصرف فيه .

ولئن سلمنا أنه متعين لقضاء الدين ، لكن كله أم ما وراء قدر الزكاة منه ؟ ع م .

بيانه - أنه إذا حال الحول صار قدر الزكاة مستحقاً للفقير ، فلا يبقى ملكاً له ، فلا يجب عليه قضاء الدين من هذا القدر ، لعدم ملكه .

(١) في الأصل قلنا : « مراد » .

ولئن سلمنا أن كله واجب الصرف إلى الدين - ولكن لم قلّم بأنه لا يجوز أن يكون أيضاً واجب الصرف إلى الفقراء ، فيجتمع الواجبان ، كالصلاة مع إنجاء^(١) الغريق وغيرها ؟ .

ولئن سلمنا أنه لا تجب الزكاة لتؤدى من هذا المال ولا من مال آخر - ولكن لم قلّم بأنه لا تجب الزكاة ديناً في ذمته ليؤدى عند القدرة ، كما قلنا في الحائض إذا طهرت في آخر جزء من الوقت والكافر إذا أسلم والعصى إذا بلغ ؟ .
الجواب :

قوله - يمكن قضاء الدين بواسطة الاكتساب والاستقراض - قلنا : قضاء الدين واجب في الحال وإنه قادر على هذا المال ، والاستقراض يحتمل الحصول ، والمحتمل لا يعارض القطعى ، والكلام فيما إذا تعين هذا المال لدفع ضرر الحبس المعجل .

قوله - لا يتعلق الدين بعينه - قلنا : يتعلق الإنسان^(٢) بمال الغير بخلاف الدليل إلا للضرورة ، والضرورة في المرض ، أما لا ضرورة في الصحة . وإنما لا يسقط الدين بهلاك هذا المال ، لأنه ثابت في الذمة / والذمة باقية ، وأما الأداء فمتعين منه ههنا ،
بخلاف هلاك النصاب^(٣) لأنه في المال .

قوله : تعين لقضاء الدين كله أم ما وراء قدر الزكاة ؟ - قلنا : كله .

قوله : صار قدر الزكاة ملكاً للفقير حقاً له - قلنا : لا نسلم ، وإنما يكون كذلك أن لو وجب (ست) الزكاة ، وقد بينا أنه لا تجب الزكاة حقاً للدائن ودفعاً لضرر الحبس عن المدينين .

قوله : لم لا يجوز أن يجتمع الواجبان ؟ - قلنا : لتعذر الجمع . ولئن ثبتا يكون

(١) أنهى فلاتاً مما نزل به : تخلّصه - المعجم الوسيط .

(٢) كنّا في الأصل : « الإنسان » . ولعله يقصد هنا « الدائن » .

(٣) في الأصل : « لأنها » - انظر المسألة التالية رقم ٩ .

أحدهما ممنوعاً ، والآخر مأموراً . كما قلنا في الصلاة مع إنجاء الغريق : فالأمر هو الإنجاء لا غير ، وههنا الأمر هو القضاء لا غير ، لما ينبتا .

وأما قوله : لم قلم بأنه لا تجب الزكاة ديناً في ذمته ؟ -- قلنا : لأن الشيء إنما يبقى في الذمة إذا وجد السبب المقتضى للوجوب ، ولم يوجد ، لما ذكرنا - بخلاف ما ذكر من الأحكام ، لأنه وجدت أسبابها .

٩ - مسألة : من عليه الزكاة إذا فرط في أداء الزكاة حتى هلك النصاب سقطت عنه الزكاة (١) .

والوجه فيه - أن واجب الزكاة جزء من النصاب ، فيسقط بهلاكه .

وإنما قلنا ذلك - لقوله عليه السلام : « هاتوا ربع عشور أموالكم : من كل أربعين درهماً درهماً » (٢) . وقوله « في الرقة ربع العشر » (٣) - بعض هذه النصوص وردت بكلمة « من » وإنها للتبميز (٤) ، وبعضها بكلمة « في » وإنها للظرفية (٥) ، وذلك يقتضى الجزئية (٦) ، فيسقط بهلاكه ، كالعبد الجاني .

فإن قيل : [قلنا] يشكل هذا بالاستهلاك .

وأما قولكم : الواجب جزء من النصاب - قلنا : هذا يناقض مذهبكم ، لأن عندكم

(١) وكذا في التحفة ، ١ : ٤٧٤ قال : « ولو هلك النصاب بعد الحول أو بعضه ... فأما إذا تمكن من الأداء وفرط حتى هلك ، فكذلك الجواب عندنا (أى لا شيء عليه) - وقال الشافعي : لا يسقط » .

(٢) راجع فيما تقدم الماش ٥ ص ٢٠ .

(٣) راجع فيما تقدم ص ١٦ والماش ٢ منها .

(٤) انظر الماش الآتي قريبا : ٣ ص ٢٤ .

(٥) انظر الماش الآتي قريبا : ٤ ص ٢٤ .

(٦) في الأصل كذا : « الجزان » .

المعتبر قيمة الواجب يوم الوجوب لا عينه ، ولأن الواجب لو كان جزءاً (١) النصاب لتعلق حق الفقير به ، ولعن من التصرف فيه ، كما في المريض مرض الموت ، ولأنه لو أدى من مال آخر جاز .

فهذا كله ينفي كون الواجب جزءاً (٢) من النصاب .

وأما الأحاديث :

قولكم : بأن كلمة « من » للتبعض - قلنا : كما هي للتبعض تكون للجنس والتمييز أيضاً (٣) .

وقوله : كلمة « في » للظرفية (٤) - قلنا : كما / تستعمل للظرفية تستعمل في السببية ، كقوله « في العين الدية » . ولئن سلمنا بأنها للظرفية ، ولكن الظرف غير المظروف ، فيكون الواجب غير النصاب ، لا جزءه (٥) ، لأن جزء الشيء ليس بغيره . ولئن سلمنا أن الواجب جزء النصاب - ولكن لم قلّم بأنه يسقط بهلاكه ؟ وهذا لأن الواجب دخل في ضمانه بالتفريط ، لأن الزكاة واجبة على الفور ، لإطلاق الأمر ، فإذا منع الحق بعد طلب المستحق يضمن ، كالدبعية وصدقة الفطر .

الجواب :

أما الاستهلاك - قلنا : ثم إن هلك المال حقيقة ، ولكن بقي معنى ، لأن الظاهر

(١ - ٢) في الأصل كلنا : « حر » - « حرا » .

(٣) في المعجم الوسيط ملخصاً : « من » « حرف جر يأتي على وجوه منها : ١ - الابتداء وهو الغالب ٢ - التبعض ٣ - البيان ٤ - التعليل ٥ - البدل ٦ - الفصل والتمييز وهي الداخلة على ثاني المتضادين نحو : « والله يعلم المفسد من المصلح » ٧ - تأكيد المعجم وهي الراجعة في نحو : ما جاءنا من أحد . واضطر أيضاً : الرماني ، معاني الحروف ، تحقيق الدكتور عبد الفتاح شلي ، ص ٩٧ .

(٤) « في » - معناها الوعاء . ويعنى « على » عند الكوفيين . وقالوا : وتكون بمعنى « مع » - الرماني ، معاني الحروف ، ص ٩٦ .

هو الاستهلاك في وجه الانتفاع ؛ أو لأنه بالاستهلاك صار جانياً على الشرع ، فيجب عليه الضمان .

قوله : المعبر عندكم قيمة الواجب - قلنا : المعبر عندنا عين الشاة ، والواجب أدائها عينا ، إلا أن للمالك ولاية النقل إلى مطلق المال بشرط بقاء النصاب ، فإذا هلك يسقط .

قوله : لو كان الواجب جزء النصاب لتعلق به حق الفقير - قلنا : وقد تعلق به ، إلا أنه لم يمنع من التصرف ليتمكن المالك من تشميره نظراً له وللفقير ، بخلاف المريض فإنه عاجز عن التشمير .

قوله : لو أدى من مال آخر ، جاز - فالجواب عنه ما مر .

قوله : كلمة « من » للتمييز^(١) - قلنا : نعم إذا أضيف إلى غير جنسه ، كقولكم : باب من حديد . وإن أضيف إلى الجنس فهو للتبويض ، كقولهم : رجل من الرجال .

قوله : بأن كلمة « في » للسببية أيضاً - قلنا : هي للسببية والظرفية جميعاً ، ولا تنافي بينهما ، فإن المعنى يجمعهما وهو الاتصال .

قوله : بأن الظرف غير المظروف - قلنا : بلى ، وجزء النصاب غير النصاب من حيث إنه واجب ، والنصاب سبب للوجوب ، وهذا القدر من المغايرة يكفي للظرفية .

قوله : الواجب دخل في ضمانته بالتفريط - قلنا : وجوب الضمان يستدعي سابقة الجنابة ولم توجد ، لأن التأخير^(٢) عن أول أوقات الإمكان لم يكن جنابة ولا / متعاً بعد ٢/٨ الطلب .

(١) في الأصل كنا : « للتمييز » راجع فيما تقدم المامش ٣ ص ٢٤ .

(٢) « التأخير » غير واضحة في الأصل .

١٠ - مسألة : دفع القِيم في باب الزكاة جائز .

والوجه فيه - أن أداء قيمة الشاة يسد مسد أداء عين الشاة في استيفاء المصلحة المطلوبة من الأداء إلى الفقير ، فيجوز قياساً على ما إذا أدى واحدة من خمس إبل ، لأن الكفاية كما تحصل بملك عين الشاة تحصل بملك القيمة بل أولى ، لأن تملك عين الشاة لا يتوصل (١) في الحال إلا إلى نوع كفاية وهو الأكل ، وتملك الدراهم يتوصل إلى أنواع من الكفاية .

فإن قيل : التعليل يشكل بما إذا أعار داره أو أجرها بنية الزكاة ، فإنه لا يجوز . وكذا لو أدى ربع صاع من حنطة تعادل قيمته قيمة نصف صاع من حنطة وسط أو قيمة صاع من شعير - لا يجوز مع ما ذكرتم . وكذلك إذا أضاف (٢) الفقير فإنه لا يجوز . ثم نقول : لا نسلم بأن أداء القيمة يسد مسد أداء العين . وهذا لأن المطلوب من أداء الشاة أداء عينها . وهذا لا يحصل من القيمة .

ثم هذا القول معارض بما روى أبو داود في صحيحه أن رسول الله ﷺ بعث معاذ ابن جبل إلى اليمن فقال : « خذ الحب من الحب والشاة من الغنم والبعير من الإبل والبقرة من البقر » . ولأن الزكاة من باب العبادات ، والمحكم فيها ثبت تصدأً غير معقول المعنى ولا معلل ، فلا يجوز ترك المنصوص والأخذ بالرأى والقياس هـ .

الجواب :

أما إذا أعار داره بجهة الزكاة - إنما لا يجوز ، لأن الواجب أداء المال إلى الفقير وتقليكه منه ، ولم يوجد ، لأن الإعارة تملك المنافع لا تملك الأعيان - وهو الجواب عن إجارة الدار بنية الزكاة .

(١) وسَل فلان إلى الله بالعمل يسيل وسَلًا : رغب وتقرب ، وسَل فلان إلى الله تعالى عمل عملاً تقرب به إليه ، وتوسل فلان إلى الله تعالى وسَل - المعجم الوسيط .

(٢) أصاف إليه أنزله ضيقاً عده - المعجم الوسيط .

وأما إذا أدى ربع صاع من حنطة عن صاع إما لا يجوز ، لأن الحنطة منصوص عليها ،
والمؤدى وهو الربع وقع عن الربع ، فلو وقع / عن الباقي يقع باعتبار الجودة ، والجودة ١/٩
ساقطة الاعتبار في الأموال الربوية ، بخلاف الشاة ههنا ، لأنها ليست من الأموال
الربوية . ولهذا لو باع شاة بشاتين يجوز ، فيجوز أداء القيمة .

وأما الضيافة - فلائها لإباحة ، وليست بتملك ، فلا يجوز .

قوله : المقصود من أداء الشاة أداء عينها - قلنا : ليس كذلك ، بل مقصود الشارع
إغناء الفقير ، لمكان المناسبة ، وإنه يحصل بالقيمة .

وأما النص - قلنا : النص يقتضى أن أداء الزكاة إلى الفقير واجب حقا لله ، وقضاء
لحق الفقير الذى له عند الله بحكم وعد الرزق ، وإنه يحصل بأداء القيمة ولا يجمع
الخروج عن المهددة بطريق من الطرق .
والله أعلم .

١١ - مسألة : الزكاة لا تجب على الصبي والمجنون .

والوجه فيه - أن الزكاة عبادة ، فلا تجب على الصبي ، قياساً على الصلاة .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأن العبادة في اللغة عبارة عن التعبد^(١) والتذلل - من
قولهم : طريق معبد أى مذل . سميت العبادة عبادة لأنه فعل يقع به التذلل والتعبد
والانقياد لله ، والعبادة على هذا التفسير لا تنأى إلا باختيار صحيح ، فلا تنأى من
الصبي والمجنون ، كما لو أدى بنفسه .

فإن قيل : قولكم بأن الزكاة عبادة - قلنا : لا نسلم . وبيان أنها ليست بعبادة أنه
يجرى فيها الجبر والاستخلاف والنيابة ، وهى لا تجرى في العبادات .

(١) في الأصل كذا : « التعبدى » . في المعجم الوسيط : عبَّده ذلَّه . يقال عبَّده الطريق .

ولكن سلمنا أنها عبادة ، ولكن عبادة تخفى فيها النية أم لا تجزى ؟ م ع .
الأول (١) - فلم قلتم بأنه إذا جرت فيها النية لا يتأتى من الصبي إما بنفسه وإما
بنائبه . وهذا لأن الولي أو القاضي نائب الصبي واختيار النائب اختيار المنيب - دل
عليه العشر وصدقه الفطر : فإن فيها معنى العبادة ، ومع هذا تجب على الصبي .

ولكن سلمنا أن الشرط هو الاختيار الحقيقي بنفسه / ولكن يتحقق بعد البلوغ - فلم
قلتم بأنه لا يجب في الحال ليؤدي بعد البلوغ ، كما في وجوب الصوم على المجنون . ٢/٩

ثم هذا القول معارض بالعمومات ، ويقول عليه السلام : « ابتغوا في أموال التماسي
خيراً كى لا تأكلها الزكاة » وفي رواية « كى لا تأكلها الصدقة » (٢) وإنما تأكل إذا
كان واجباً .

وقوله عليه السلام : « من ولى يتيماً فليزك ماله » وفي رواية « فليؤد زكاة
ماله » هـ .

الجواب :

أما الجبر والاستخلاف والنية - قلنا : إنما تجزى هذه الأحكام فيها ، لأنها وإن
كانت عبادة ، ولكن عبادة فيها حق العباد ، فشرع فيها هذه الأحكام ، لإصلاً للحق
إلى الفقراء بأبلغ (٣) الوجوه ، وإن كانت عبادة ، إذ لا تنافي بينهما .

(١) في الأصل : « الأول م ع » . ولكن جرى في الكتاب على أن « علامة العين معناه :
الأول ممنوع وعلامة الميم معناه : ولتن سلمنا » وعلى ما جرى عليه في غير هذا المكان ترد « الأول »
بعد « م ع » .

(٢) « وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضى الله عنه أن رسول الله
ﷺ قال : « من ولى يتيماً له مال فليجز له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » رواه الترمذي
والدارقطنى ، وإسناده ضعيف وله شاهد مرسل عند الشافعى - ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم
٤٨٩ ، ص ٨٤ - ٨٥ . وسيل السلام رقم ٥٦٩ ص ٦٠٥ .

(٣) في الأصل كذا : « إلى الفقير بأبلغ ... » .

وأما النيابة - قلنا : إنما تثبت بطريق النيابة ، بأن يجعل فعله فعل المنيب واختياره اختياره ، ولم يوجد ههنا ، لأن الولي قائم مقام المنيب في بعض الأحكام ، فأقامه الشرع جبراً من غير اختيار المنيب .

وأما العشر وصدقة الفطر - فلأنها مؤنة ، ومعنى العبادة فيها تبع ، والمنيب من أهل وجوب المؤنات ، كالتفقات والضمانات .

قوله : لم لا تجب ليؤدي بعد البلوغ ؟ قلنا : إنما تجب في الحال ليؤدي بعد البلوغ إن لو تصور أدائه في الحال ، لأن إيجاب ما لا يتصور لا يعقل ، وهذا الفعل لا يتصور من المنيب كما ذكرنا ، فلا يجب في الحال ، فلا يجب بعد البلوغ .

وأما الحديث - قلنا : غير صحيح . ولكن صح فالمراد منها النفقة وصدقة الفطر .

والحديث الثاني غير صحيح . ولكن صح فالمراد منه - والله أعلم - التنمية لأن التزكية عبارة عن التنمية لغة ، وذلك بالتجارة وهي استرباح . (١) .

(١) المعنى بذلك كامل . ولكن أضيفت عبارة غير مقرونة وأكثر موضعها بياض .

كتاب الصوم

١٢ - مسألة : إذا صام رمضان بمطلق النية أو بنية النفل أجزأه - خلافاً له (١) .

والوجه - أنه أتى بما أمر به / ، فوجب أن يخرج عن المهدة ، قياساً على ما إذا نوى
١/١٠ الفرض .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأن المأمور به هو الصوم ، وقد أتى به ، لأن الصوم هو
الإسك في اللغة ، لقولهم « خيل صيام وخيل غير صائمة » ، وقد أتى بالإسك ،
فهذا يقتضى أن يخرج عن المهدة بمجرد الإسك ، إلا أننا توافقنا على اشتراط شرط
زائد ، وهو أصل النية : فإذا وجد الإسك مع أصل النية يخرج عن المهدة (٢) .

فإن قيل : قولكم إن المأمور به هو الصوم وقد أتى به - قلنا : لا نسلم بأنه أتى
بالصوم .

قوله : الصوم هو الإسك - قلنا : لغة أو شرعاً ؟ م ع . وهذا لأن اسم الصوم
انتقل عن موضوعه ، لأننا أجمعنا على أنه لو حلف أن لا يصوم فأمسك بدون النية لا
يبحث . وكذا في صورة النزاع : إذا أمسك بدون النية لا يخرج عن المهدة ، فعلم أنه
انتقل إلى الإسك مع النية . فنحنكم إلى الإسك مع أصل النية . وعندنا إلى الإسك
مع النية المطلقة .

والدليل على أنه انتقل إلى ما ذكرنا أننا أجمعنا على أنه لو أمسك في باب القضاء
والتنذور والكفارات بمطلق النية لا يخرج عن المهدة مع أن المأمور به هو الصوم .

(١) قال السمرقندى في التحفة ، ١ : ٥٣٢ : « وعند الشافعي : صوم الفرض والواجب لا
يصح بدون نية الفرض والواجب . وأما التطوع فيصح بمطلق النية » .

(٢) في مختار الصحاح : والصوم أيضاً الإسك عن الطعام . وفي المعجم الوسيط : صام
صوماً وصياماً أمسك وفي الشرع : أمسك عن الطعام والشراب من طلوع الفجر إلى غروب
الشمس مع النية .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى » وإن^(١) نوى النفل فيكون له النفل لا الفرض .

الجواب :

قوله : الصوم هو الإمساك لغة أو شرعاً ؟ قلنا : هو الإمساك لغة ، والإمساك ، أصل النية شرعاً وقد وجد^(٢) .

وأما مسألة الحلف - فإنما لا يبحث لأن غرض الحلف هو الصوم الذى هو عبادة لا مجرد الإمساك ، وذلك لا يحصل إلا مع النية .

وأما القضاء والكفارات والنذر المعين ، فإنما / لا يخرج عن المعهدة ، لأنه غير مأم به فى هذا الزمان على التعيين ، بل فى زمان بعينه ، وذلك بتعيين النذر .

وأما الحديث - قلنا : عام يخص منه البعض ، فيختص المتنازع فيه . والله أعلم .

١٣ - مسألة : صوم رمضان يتأدى^(٣) بنية من النهار قبل الزوال ، خلا له^(٤) .

والوجه فيه - أنه أتى بما أمر به ، فيخرج عن المعهدة ، كما إذا نوى من الليل

(١) فى الأصل : « وإنه » .

(٢) راجع فيما تقدم المامش ٢ ص ٣٠ .

(٣) تأدى الأمر قضى - تأدى الدين قضى - تأدى الرجل قضى دينه - المعجم الوسيط

(٤) إذا نوى بعد طلوع الفجر فقال الشافعى لا يجوز إلا فى التطوع . وقال مالك : لا يحد فى التطوع أيضاً . ولو صام بنية بعد الزوال فى التطوع : لا يجوز عند الحنفية ، خلافاً للشافعية وبعض أصحابه قالوا : لا يجوز - راجع : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٣٤٤ والمراجع المشار إليه بهامش ٥ منه

وبيان الوصف والتأثير ما مر في المسألة المتقدمة . فهذه^(١) تقتضى أن يخرج عن عهدة الأمر بالإمساك العارى عن النية والإمساك المتوى قبل الزوال وبعده كما قال زفر ، إلا أن ذلك خرج عن قضية النص بالدليل ، فبقى المتنازع فيه داخلاً .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بما أمر به ، وهو الإمساك - قلنا : أتى بالإمساك المطلق أم بالإمساك الذى هو عبادة ؟ م ع . وهذا لأن بعض الإمساك وهو الإمساك فى^(٢) أول اليوم خلا عن النية . فلا يقع عبادة فى أول اليوم ، فلا يقع عبادة فى باقى اليوم ، لأن الصوم لا يتجزأ^(٣) .

ثم نقول : الواجب عليه إمساك هو عبادة لأنه مأمور به ، والإمساك يتردد بين الحمية^(٤) والعبادة والعبادة ، فلا تتعين العبادة إلا بالنية ، وقد اتعدمت النية فى أول النهار حقيقة وتقديراً ، لأن إرادة الفعل فى الزمان الماضى محال والنية ليست إلا الإرادة ، وصار هذا كالتنية بعد الزوال .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام وهو ما روى ابن عمر عن حفصة زوجة النبى ﷺ قال : « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » رواه الترمذى^(٥) والسجستانى^(٦) والنسائى فى كتبهم^(٧) .

(١) ذا اسم يشار به إلى المذكر وذى بكسر الذال للمؤث فإن أدخلت عليها ها التثنية قلت هذا زيد وهذه أمة الله (مختار الصحاح) . فهنا : « فهذه » تعنى هذه أى هذه المسألة هنا .

(٢) فى الأصل : « عن » - وانظر ما على .

(٣) جزؤه قسمه أجزاءً وتجزأ - المعجم الوسيط . وفى الأصل كذا : « لا يتجزى » .

(٤) الحمية الإقلال من الطعام ونحوه مما يصر - المعجم الوسيط .

(٥) هو أبو عيسى بن السلى الترمذى ولد بترمذ سنة ٢٠٩ هـ وتوفى بها سنة ٢٧٩ هـ .

(٦) الطاهر أن المقصود أبو داود وهو سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأبدى السجستانى ولد سنة ٢٠١ هـ وتوفى سنة ٢٧٥ هـ .

(٧) « وعن حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها عن النبى ﷺ قال : « من لم يبيت الصيام قبل =

الجواب :

أما قوله : الإمساك في أول النهار خلا عن النية ، فلا يكون عبادة - قلنا : هذا باطل بصوم النفل ، فإنه قد يخلو الإمساك عن النية في أول / النهار ، ومع هذا يكون عبادة ، فإنه روت عائشة قالت : « دخل على النبي ﷺ ذات يوم فقال : هل عندكم شيء ؟ قلنا : لا - قال : فإني إذن أنا صائم » (١) .

ونفس العبادة لا تتفاوت بين الفرض والنفل ، وإذا صح في تلك الصورة وجب أن يصح ههنا صيانة لصوم رمضان عن التفويت (٢) بخلاف ما إذا نوى بعد الزوال ، لأن ذلك مما لم يوجد له نظير في الشرع .

وأما الحديث - قلنا : ذكر الترمذی أن هذا من قول ابن عمر . ولئن سلمنا أنه من قول النبي ﷺ ولكنه معمول على نفي الفضيلة ، كى لا يلزم ترك العمل بالعموم في حق النفل .

والله أعلم .

١٤ — مسألة : المجنون إذا أفاق (٣) في بعض الشهر يلزمه قضاء ما مضى - خلافاً له (٤) . وإذا استوعب كل الشهر لا يلزم القضاء بالإجماع .

= الفجر فلا صيام له « رواه الخمسة ، ومال الترمذی والنسائي إلى ترجيح وقته ، وصححه مرفوعاً ابن خزيمة وابن حبان . وللدلقطنى : « لا صيام لمن لم يفرغه من الليل » ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٥٣٠ ، ص ٩٢ - ٩٣ وانظر المأش التالى .

(١) في بلوغ المرام (رقم ٥٣١ ص ٩٣) : « وعن عائشة رضى الله عنها قالت : دخل على النبي ﷺ ذات يوم فقال : « هل عندكم شيء » قلنا : لا . قال : « فإني إذن صائم » ثم أتانا يوماً آخر فقلنا : « أهدي لنا حنيس » فقال : « أرنيته فلقد أصبحت صائماً » فأكل - رواه مسلم - والحنيس هو الحمر مع السمن والأبيض تخلط وتمجن وتسوى كالنخيد - المعجم الوسيط .

(٢) فات الأثر مضى وقته ولم يفعل وقته أفاته جعله يفوته - المعجم الوسيط .

(٣) يقال : أفاق فلان عاد إلى طبيعته من غيبة لحقته - ويقال أفاق السكران من سكره والمجنون من جنونه - المعجم الوسيط . وفي الأصل : « فاق » .

(٤) خلافاً للشافعى - السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٥٣٦ .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٣)

والوجه فيه - أن المجنون لم يأت بالواجب عليه فيما مضى من الشهر ، فوجب عليه القضاء قياساً على المغمى عليه .

وإنما قلنا ذلك - لأنه لم يأت بالصوم ، وقد وجب عليه فيما مضى .

وإنما قلنا إنه وجب عليه فيما مضى - لأن عموم النص يتناول ، وهو قوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ﴾ (١) أى فرض . والمجنون موصوف بصفة الإيمان . وإذا ثبت أنه وجب عليه ، وقد فات له عدم الأهلية ، يجب عليه القضاء إخراجاً له عن عهدة الواجب .

فإن قيل : قولكم بأن الصوم وجب عليه - قلنا : لا نسلم .

والدليل على عدم الوجوب أن تفسير الواجب أنه لو أتى به يثاب عليه ولو ترك يعاقب ، وهذا متنفذ في حق المجنون .

وأما الآية - قلنا : لا تتناول المجنون لأن شرط تناول الخطاب فهم الخطاب والقدرة على الفعل ، ولم يوجد ذلك في حقه ، بخلاف النائم والمغمى عليه / لأنه وجد في أحدهما دليل الفهم والقدرة وهو العقل ، ولحكم يدار على دليل الشرط لا على حقيقته ، أما ههنا بخلافه ، وصار كالمجنون المستوعب كل الشهر ، فإنه لا يلزم القضاء مع وجود ما ذكرتم .
الجواب :

قوله : الواجب ما لو أتى به يثاب عليه ولو ترك يعاقب - قلنا : لا نسلم ، بل الثواب بالفعل والعقاب بالترك حكم الوجوب ، وحكم الشيء قد يتراخى عنه لمنافع .

ثم نقول : الواجب عبارة عن فعل يقتضى استحقاق الثواب بالإتيان به ، واستحقاق العقاب بتركه . وهذا إشارة إلى أن الوجوب وجوبان : أصل الوجوب وهو ما ذكرنا ، ووجوب الأداء وهو ما ذكرتم . ومثاله . الواجبات الموسعة : فإنه لا يعاقب بتركها - كذا هذا .

(١) البقرة : ١٨٣ وراجع فيها أيضاً : ١٨٤ ، ١٨٥ .

وأما قوله : شرط تناول الخطاب المفهم والقدرة - قلنا : في الحال أم في الجملة ؟
ع م ، والفهم والقدرة موجودان في حق المجنون في الجملة ، على تقدير الإفاقة ، وذلك
يكفي لتناول الخطاب ، كما قلنا في النائم والمغمى عليه .

قوله : وجد في حقهما دليل الفهم والقدرة ، وهو العقل - قلنا : عنه جوابان :
أحدهما - أن الجنون عبارة عن استتار العقل لا عن عدم العقل ، فإن اللفظ ينبيء عنه
لغة^(١) . والثاني - أن النائم والمغمى عليه عاجزان عن استعمال العقل ، ولا فرق بين
العدم والعاجز في حق الاستعمال . وأما الجنون المستوعب - قلنا : وجوب القضاء
امتنع لما منع وهو الحرج ، وإن كان ما ذكرنا من مقتضى موجوداً . أما ههنا بخلافه .

١٥ - مسألة : النذر بصوم يوم النحر وأيام التشريق يصح^(٢) .

والوجه فيه أنه نذر بصوم مشروع ، فينبغي أن يصح ، كما إذا نذر بصوم رجب .
وإنما قلنا إنه مشروع - لأن صوم سائر الأيام إنما كان مشروعاً لكونه شاقاً على البدن
مخالفاً لهوى النفس ، والصوم في هذه الأيام بهذه المثابة فيكون مشروعاً . / وإذا كان
مشروعاً وجب أن يتمكن من تحصيله بواسطة النذر إما^(٣) قضاء أو أداء ، تحصيلاً
لمصلحة الثواب .

فإن قيل : لا نسلم بأنه نذر أولاً ، وهذا لأن النذر حكمه الوجوب ، وبالإجماع لا
يجب صوم هذه الأيام . وإن ادعيت صوم أيام آخر ، فالتعليل وقع ضائعاً ، لأنكم علمتم

(١) في المعجم الوسيط : جَنَ جَنْتًا اسْتَر . وَخَنَ الشَّيْءَ عَلَيْهِ سِتْرَهُ . وَجَنَ جَنْتًا وَجَنَتْهُ زَالِ
عَقْلُهُ . وَالْجَنُونُ زَوَالُ الْعَقْلِ أَوْ قَسَادُ فِيهِ وَالْجَنُونُ الْغَالِبُ الْعَقْلَ أَوْ فَاسِدُهُ .

(٢) قال في التحفة ، ١ : ٥٢٣ - ٥٢٤ في صوم التطوع : « أما الصوم المكروه فأنواع :
منها .. صوم يوم النحر وصوم أيام التشريق » ... حتى لو صام في الأيام للمني عنها فإنه يقع جائزاً
حتى لا يجب عليه القضاء - والكلام كما تقدم في صوم التطوع .

(٣) تشبه : « لما » .

لكن [صوم] (١) هذه الأيام مشروعاً
ولكن سلمنا أنه نذر ، ولكن لم قلّم بأن صوم هذه الأيام مشروع ؟ - وهذا لأن
المشروع ما يكون مأذوناً فيه ، وإنه ممنوع بالص والإجماع : أما النص [ف] قوله عليه
السلام : « ألا لا تصوموا في هذه الأيام » (٢) . والإجماع منعقد على أنه يمنع عن صوم
هذه الأيام . ولأننا أجمعنا على أنه لو صام هذه الأيام عن واجب آخر قضاء ، لا يجوز ،
ولو كان مشروعاً لجاز .

ولكن سلمنا أنه مشروع ، ولكنه معصية ، لأنه منهي عنه والنذر بالمعصية لا يصح ،
لقوله عليه السلام : « من نذر أن يعصى الله فلا يعصه » (٣) .

ولكن سلمنا أنه ليس بمعصية ، ولكن لم قلّم بأنه وجب أن يتمكن من تحصيله إحرازاً
للثواب ؟ وظاهر أنه لا يتمكن ، لأن تمكنه منه مع منع الشرع عنه محال .

ثم نقول : إنكم قلّم بوجوب الصوم في هذه الأيام واستيفاء المصلحة المتعلقة به ، ثم
قلّم : الأول أن يفطر ولا يستوفى المصلحة ، وهذا تناقض بين .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأنه نذر ؟ - قلنا : لأنه أتى بصيغة النذر .

(١) انظر العبارة التالية .

(٢) « وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه « أن رسول الله ﷺ نهي عن صيام يومين : يوم
الفطر ويوم النحر » متفق عليه .

— « وعن ثيبشة الهذلي رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « أيام التشريق أيام أكل
وشرب وذكر لله عز وجل » رواه مسلم .

— « وعن عائشة وابن عمر رضي الله عنهم قالوا : لم يُرخص في أيام التشريق أن يُصنَّ إلا لمن لم
يجد الهدى » رواه البخاري .

— ابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٥٥٦ و ٥٥٧ و ٥٥٨ . والصنعاني ، سبل السلام ، ج ٢ ،
رقم ٦٤١ - ٦٤٣ ص ٦٧٥ - ٦٧٧ .

(٣) للبخاري من حديث عائشة - راجع بلوغ المرام رقم ١١٨٠ ، ص ٢١٤ - ٢١٥ .
وكذا رقم ١١٨٣ ص ٢١٥ .

قوله : لا يجب صوم هذه الأيام - قلنا : لا نسلم ، بل يجب وفاء بالنذر وإن كان ممنوعاً . ويجوز أن يكون الفعل واجباً بمعنى استحقاق العقاب بتركه والشرع يمنع عنه المانع ، كالصلاة مع إنجاء الغريق وإنقاذ الحريق .
وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه .

وأما قضاء صوم آخر ، فلأنه وجب كاملاً فلا يجوز أدائه ناقصاً ، / فإن صوم هذه ٢/١٢ الأيام وإن كان مشروعاً ولكنه ناقص لمكان النهي .

قوله : الصوم في هذه الأيام معصية - قلنا : نفس الصوم من حيث إنه صوم لا يكون معصية . وإنما العصيان غيره وهو ترك الإجابة ، فصار كالصلاة في الأرض المفصولة ، فإنه يصح ، وإن كان سبباً لمعصية^(١) .

وأما قوله : تمكنه من استيفاء المصلحة مع منع الشرع محال - قلنا : الشرع أطلق استيفاء المصلحة في الحملة ، إلا أن المنع ههنا ثبت بحكم العارض .
وبه خرج الجواب عما ذكر من التناقض .

١٦ - مسألة : إذا أكل أو شرب في نهار رمضان عامداً ، تلزمه الكفارة .

والوجه فيه - أن الكفارة في باب الوقاع^(٢) تعلق وجوبها بجنابة إفساد الصوم ، وقد حصل إفساد الصوم بالأكل والشرب ، فوجب القول بوجوب الكفارة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الواقعة في نهار رمضان إنما كانت جنابة من حيث إنها إفساد الصوم ، لا من حيث إنها مقاومة الأهل ، لأنه حلال ، وإفساد الصوم ذنب ، والحاجة مست إلى رفع الذنب ، والشرع أوجب الكفارة في الوقاع ، وإنها صالحة لرفع الذنب ، لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ ﴾^(٣) ، فغلب الظن أن الوجوب إنما كان لهذا .

(١) وقد تقرأ : سبب المعصية .

(٢) وأقبح المرأة جامعها - المعجم الوسيط .

(٣) هود : ١١٤ .

فإن قيل : هذا التعليل في الوضع فاسد ، لأنه إيجاب الكفارة بالقياس ، والكفارة من باب المقادير ، فلا يجوز إثباتها بالقياس . [قلنا : ليس كذلك . وسيأتي في الجواب] .

وأما قوله بأن إفساد الصوم ذنب ، والحاجة مست إلى رفع الذنب - قلنا : رفع للذنب يقتضي وجود الذنب ، والأصل في هذا الباب حديث الأعرابي^(١) : أنه جاء إلى رسول الله ﷺ تائباً نادماً ، والتوبة رافعة للذنب بالنصوص ، ومع هذا أوجب الشرع الاعتقاد - علم أنه وجب غير معقول / المعنى . ١/١٣

ولئن سلمنا أن الحاجة ماسة إلى رفع الذنب ، ولكن لم قلّم بأنه لا ذنب ههنا سوى إفساد الصوم ؟ .

قوله : لأن موافقة الأهل حلال - قلنا : في رمضان أو في غيره ؟ ع م وهذا لأن ملك النكاح جاز أن لا يتصل به حل الوطء في بعض الزمان ، كزمان الحيض والنفاس والظهار - كذلك ههنا .

ولئن سلمنا أنها شرعت لرفع إفساد الصوم ، لكن لم قلّم بأن الإفساد في الأكل والشرب مثل الإفساد في الوقاع ، وهذا لأن الكف عن الأكل والشرب شاق على البدن ، وإنه معتاد في النهار ولا كذلك الوقاع . ولأن الأصل في الأيضاع الحرمة والإباحة ثبتت لعارض ، والأصل في الأكل والشرب^(٢) الإباحة والحرمة ثبتت لعارض . ولهذا إذا حرما بسبب عدم الملك ، كان حرمة الوقاع أغلظ ، فكذا إذا حرما بسبب آخر .

(١) « وعى أبي هريرة رضى الله عنه قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : هلكتُ يا رسول الله ! قال : « وما أهلكك ؟ » قال : وقعت على امرأتى في رمضان ! فقال : هل تجد ما تعتق رقية ؟ قال : لا . قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ قال : لا . قال : فهل تجد ما تعلم ستين مسكيناً ؟ قال : لا . ثم جلس فأتى النبي ﷺ بعرق (زبيب أو قفة) فيه تمر فقال : تصدق بهذا فقال : أعلى أفقر منا ؟ فما بين لاتبثها أهل بيت أحوج إليه منا ! فضحك النبي ﷺ حتى بدت أنيابه ثم قال : اذهب فأطعمه أهلك - رواه السبعة واللفظ لمسلم - بلوغ المرام ، رقم ٥٤٧ ، ص ٩٥ - ٩٦ . وسبل السلام ، ٢ : رقم ٦٣٢ ص ٦٦٥ - ٦٦٨ .

(٢) و الملهش : المأكول والمشروب .

ولئن سلمنا أنهما اتحدا في الجنابة ، ولكن لم قلتُ بأنه وجد سبب وجوب الكفارة ههنا ؟ .

قوله : الإفساد سبب - قلنا : باطل بابتلاع الحصة والنواة وإفطار المريض والمسافر .
الجواب :

قوله : هذا إيجاب الكفارة بالقياس - قلنا : ليس كذلك ، بل بالاستدلال ، فإن القياس إثبات الحكم في المتنازع لمعنى في المنصوص عليه ، والاستدلال النظر في المتنازع : أنه هل هو من جنس ما ورد به النص ؟ فإذا عرف صار منصوفاً عليه ، ويجوز إثبات الحكم ، سواء كان من المقادير أو لم يكن ، كما في هذه الصورة .

قوله : التوبة رافعة للذنوب - قلنا : نعم ، ولكن الإعتاق أيضاً يصلح رافعاً للذنوب ، والشرع لما عين الإعتاق في هذه الجنابة علم أن التوبة بمجرد ما لم تكن كافية .

قوله : لم قلتُ بأن الواقعة ليست بحرام ؟ - قلنا : لأن ملك النكاح قائم ، وإنه يقتضى الحل مطلقاً . وكذا نقول في الحيض وغيره : إن نفس الوطء حلال ، وإنما الحرام غيره - كذا ههنا / .

٢/١٣

قوله : الكف عن الأكل والشرب شاق على البدن وإنه معتاد - قلنا : ذاك يختلف باختلاف الرجال والأحوال ، فلا يتعلق الحكم به ، بل [به] أصل الداعي .

قوله : حرمة الوقاع أغلظ - قلنا : نعم إذا كان الأكل والوقاع محرماً ، وهنا ليس بحرام ، وإنما المحرم هو إفساد الصوم .

وأما الإفطار بالحصة والنواة ، فليس بإفساد الصوم من كل وجه ، لأنه لا يفوت به معنى الصوم وهو قهر النفس ، فلا تتكامل الجنابة ، وإفطار المريض والمسافر ليس بجنابة أصلاً ، فافترقا من هذا الوجه .

والله أعلم .

١٧ — مسألة : المتفرد بروية الهلال إذا شهد عند القاضي ، فرد القاضي شهادته ، - يجب عليه الصوم ، ولو أفطر لا يجب عليه الكفارة .

والوجه فيه - أن الإفطار صادف يوماً تمكنت فيه شبهة الرضائية ، فلا تجب الكفارة ، قياساً على يوم الشك إذا أفطر .

وإنما قلنا ذلك - لأن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، وهو تفرد من بين سائر الناس كافة ، وعند الغلط في الرؤية ينتفى كونه من رمضان ، لأنه لولا الرؤية ، لم تثبت الرضائية اليوم ، فتثبت المعارضة فتثبت الشبهة ، فلا تجب الكفارة .

قإن قيل : قولكم بأن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، وهو تفرد من بين سائر الناس . قلنا : لا نسلم بأنه تفرد . وهذا لأن تفرد بالرؤية ، إنما يعلم بعدم رؤية غيره ولا يطلع^(١) على ذلك ، لاحتمال وجود الرؤية من الغير ، ولجواز أن ذلك الغير لم يشهد لمانع .

ولئن سلمنا أنه تمكنت شبهة الرضائية ، ولكن متى لا تجب الكفارة ؟ إذا كانت الكفارة واجبة عليه بالإفطار في رمضان أم إذا كانت واجبة عليه بإفساد الصوم الواجب عليه بإيجاب الشرع ؟ م ع .

وعندنا الموجب للكفارة ليس إلا هذا .

ولئن سلمنا أن دليل الرؤية عارضه دليل الغلط ، ولكن إذا كانت الكفارة واجبة على تقدير دون تقدير وجب أن تجب احتياطاً .

الجواب / ١/١٤

قوله : احتمال الرؤية من الغير موجود - قلنا : لو رآه غيره لشهد عند القاضي .

قوله : يحتمل أنه لم يشهد لمانع - قلنا : هذا مجرد وهم لا دليل عليه ، فلا يعتبر في الأحكام .

(١) يجوز أن تقرأ « ولا نطلع » لأن الحرف الأول من الفعل غير منقوط .

قوله : الكفارة إما وجبت ، لأنه إفتار في يوم واجب ابتداء ، لا من حيث إنه رمضان - قلنا : صوم هذا اليوم ليس بواجب متعين^(١) ، بل في وجوه شبهة ، على ما مر ، فلا تجب الكفارة .

قوله : إذا كانت الكفارة واجبة على تقدير دون تقدير ، وجب أن تجب احتياطاً - قلنا : هذا إثبات الحكم بالشك والاحتياط ، فلا يجب

١٨ - مسألة : الكفارتان تتداخلان .

والوجه فيه - أن الكفارة إما وجبت في الأصل لتفيد معنى الزجر ، والكفارة الثانية لا تفيد معنى الزجر ، فلا تجب .

وإنما قلنا ذلك - لأنه إذا تحمل مشقة الكفارة الأولى ، يمتنع من الجنابة في الثاني غالباً . وإذا حصل الزجر بالأولى لا يتصور حصوله بالثانية ، لأن تحصيل الحاصل محال .

فإن قيل : قولكم بأن الكفارة في الأصل تفيد معنى الزجر - قلنا : لا نسلم أن نفس الأداء يصلح أن يكون زاجراً ، فضلاً عن الوجوب .

بيانه - أن الزجر إما يحصل^(٢) بعقوبة تقام على الإنسان جبراً بدون اختياره كالحدود ونحوها ، والكفارة تتعلق باختياره ، فلا يحصل الزجر .

ثم الدليل على أنها لم تشرع للزجر ، وإنما شرعته لستر الذنب - أن^(٣) الكفارة من الكفر ، والكفر في اللغة هو الستر لا الزجر ، والحاجة إلى الستر في المرة الثانية ، كالحاجة إلى الستر في الأولى .

(١) في الأصل : الميم غير واضحة . وهي فيه هكذا : « متعين » .

(٢) في الأصل : الظاهر أنها كانت « يصلح » ثم عدلت حروفها بحيث صارت « يحصل » وستر بعد كلمات : « فلا يحصل » .

(٣) في الأصل : « لأن » .

ولئن سلمنا أن الكفارة للزجر ، ولكن لم قلّم بأن الكفارة في الثانية عُرِيت عن ^(١) هذا المعنى ؟ .

قوله : لأن الزجر حصل بالأولى ، فلا يحصل بالثانية - قلنا : قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . وإذا احتمل عدم الانزجار ^(٢) ، لوجب أن تحب الكفارة الثانية تحقيقاً لمعنى الزجر . وصار هذا كما لو أفطر في رمضانين حيث يلزمه كفارتان ، مع ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأن / أداء الكفارة يصلح زاجراً ؟ - قلنا : لما فيه من المشقة وفوات المال ، فيمتنع عما يوقعه فيه غالباً . ٢/١٤

قوله : يتعلق باختياره - قلنا : نعم ، ولكن الوجوب حامل له على الأداء ، فإذا أدى حصل الزجر بنفس الأداء .

قوله : بأنها لا تنبئ عن الزجر - قلنا : هو في نفسه رافع وسائر ، ولكن ههنا رافع آخر دونه في المشقة ، وهو التوبة . فالشرع إنما شرع الكفارة لمصلحة الزجر ، لمساس الحاجة والصلاحية .

قوله : لم قلّم بأن الكفارة في الثانية عُرِيت ^(٣) عن هذا المعنى ؟ - قلنا : لأنه لم يتحمل مشقة الأولى إلا للامتناع عن الإفطار في المستقبل غالباً ، فلا يتصور حصول هذا المعنى بالكفارة الثانية مرة أخرى .

وأما إذا أفطر في رمضانين - [ف] تلزمه كفارة واحدة في ظاهر الرواية ، فيمتنع .

(١) عُرِيَ من ثيابه تجرد منها وعُرِيَ من العيب سيّم - المعجم الوسيط . وفي الأصل : « عن » بدلا من « من » .

(٢) في الأصل كلمة « الانزجار » غير واضحة ونقصت حرف الراء .

(٣) عُرِيَ من ثيابه تجرد منها : ويقال : عُرِيَ من العيب - المعجم الوسيط . راجع فيما تقدم الخامس ١ .

ولكن سلمنا ، فتأخير الكفارة إلى السنة القادمة نادر ، فيلحق بالغالب .
والله أعلم .

١٩ - مسألة : إذا شرع في الصوم التطوع ثم أفسده ، قضاء .

والوجه فيه - أن الامتناع عن الصوم في بقية اليوم إبطال للعمل المؤدى في أول اليوم^(١) ، وإنه حرام ، فيجب عليه المضي ، تحريماً عن الحرام .

ولما قلنا ذلك - لأن المؤدى في أول اليوم صوم أو سبب الصوم على تقدير ضم^(٢) الباقي . وعلى تقدير الإفطار يخرج عن أن يكون صوماً أو سبباً للصوم ، والصوم عمل ، فما يؤدي إلى إبطاله ، يكون إبطالاً للعمل ، فيكون حراماً ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾^(٣) .

فإن قيل : قولكم بأن الامتناع عن الصوم إبطال للعمل - قلنا : لا نسلم بأن إبطال العلم متصور .

بيانه - أن إبطال العمل لا يخلو : إما أن يكون قبل وجوده ، أو بعده ، أو حال وجوده . لا وجه للأول لأنه عدم . ولا وجه للثاني لأنه تلاشي لأنه عرض . ولا وجه للثالث لأن الإبطال إذا طرأ على الموجود يرفعه ، فإذا قارنه بمنعه ، ولأن الشيء حال وجوده غير موجود بصفة اتمام ، فلا يتصور إبطاله . /

ولكن سلمنا أن الإبطال متصور ، ولكن لم قلّم بأن المؤدى في أول اليوم سبب للثواب أو صوم^(٤) ، وهذا لأن الصوم هو الإمساك الممتد من أول النهار إلى آخره مقروناً
(١) وهو الصوم كما سبى بعد قليل .

(٢) لعل المقصود «صوم الباقي» لمقابلة المعنى التالي وهو « الإفطار » .

(٣) محمد : ٣٣ - ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾ .

(٤) الذي تقدم هو : « .. لأن المؤدى في أول اليوم صوم أو سبب الصوم ... » - انظر العبارة التالية .

بالبنية ، ولم يوجد . وليس بسبب للثواب ، لأن الصوم إنما يقع سبباً للثواب إذا وقع قرينة وطاعة لله ، وإنما يقع قرينة وطاعة لله إذا كان حاصلًا بإذن الشرع ، وإذن الشرع مقيد بشرط الإتمام .

ولئن سلمنا بأنه إبطال العمل - ولكن متى يكون حراماً : إذا تضمن حق العبد أم إذا لم يتضمن ؟ ع م . وهذا لأن حق العبد مقدم على حق الشرع ، لاستثناء الشرع وحاجة العبد ، وفي هذا الإبطال رعاية لحق العبد من استيفاء مصالح التفدى^(١) وغيرها .

ثم هذا معارض بما روت عائشة قالت : « دخل على رسول الله ﷺ قلنا : يا رسول الله أهدى لنا حَيْس فقال : أئنيه ، فلقد أصبحت صائماً ، فأكل »^(٢) هـ .
الجواب :

قوله : لم قلتم بأن إبطال العمل متصور ؟ - قلنا : بالنص والعرف : أما النص فما تلونا من المنهى^(٣) ، والنهى يدل على تصور المنهى . وأما العرف - يقال : فلان سعى في أمر فلان ثم^(٤) أبطل سعيه . والفقهاء فيه أن البطلان في اللغة هو التلاشي ، ويستعمل في الأعمال ، ويراد به تلاشي الغرض المطلوب منها ، وقد وجد ههنا .
قوله : لم قلتم بأن المؤدى في أول اليوم صوم ؟ - قلنا : لأنه يسمى صائماً عرفاً وشرعاً .

قوله : لم قلتم بأنه سبب للثواب ؟ قلنا : لأن الصوم سبب للثواب بالنصوص .
قوله : إنما يكون سبباً للثواب إذا كان قرينة وطاعة - قلنا : النص إذا دل على كونه

(١) التفدى أكل الفداء - المعجم الوسيط . والكلمة غير ظاهرة بأكملها في الأصل .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٣ .

(٣) لعله يقصد قوله تعالى : ﴿ وَلَا يُبْطَلُوا أَعْمَالُكُمْ ﴾ محمد ٣٣ - راجع الهامش ٣ ص ٤٣ .

(٤) « فلان ثم » غير واضحة .

سبباً للثواب ، فقد دل على كونه قرينة وطاعة ، والشروع في الصوم على قصد الإتمام مأذون فيه مطلقاً من غير تقييد ، وإنه يبطل بترك الباقي بالإجماع .

٢/١٥ وأما ما ذكر من حق العبد - قلنا : الترجيح لحق الشرع لوجهين : أحدهما - / أن حق العبد يموت إلى غرض وهو الثواب . والثاني - وهو أن حق العبد يموت برضاه - فكان أولى بالترك .

وأما الحديث - قلنا : يحتمل أنه صلى الله عليه وسلم كان صائماً عن واجب لا عن نفل ، فلا يكون واقعاً في مورد النزاع .

كتاب النكاح

- ٢٠ - مسألة : الاشتغال بالنكاح أفضل من التخلّي^(١) لنوافل العبادات .
والوجه فيه - أن النكاح واجب ، والتخلّي ليس بواجب .
وإنما قلنا إن النكاح واجب لقوله تعالى : ﴿ فأنكحوا ﴾^(٢) : ولقوله عليه السلام :
« تناكحوا »^(٣) : أمر ، والأمر للوجوب .
وإنما قلنا إن التخلّي ليس بواجب ، لأننا أجمعنا على أنه لو تركه لا يعاقب ، والواجب ما يعاقب على تركه .
وإذا ثبت أن النكاح واجب ، فالاشتغال بالواجب أولى ، لأن الاشتغال بالواجب تحصيل مصلحة يجب استيفائها ، وهي مصلحة دفع الضرر بسبب العقاب .
فإن قيل : قولكم بأن النكاح واجب - قلنا : لا نسلم ، وظاهر أنه ليس بواجب ، لأنه لو تركه لا يعاقب بالإجماع .
-
- (١) تَخْلَى تفرغ - بخار الصحاح والمجمع الوسيط - قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ١٧٥ « .. فعندنا الاشتغال بالنكاح مع أداء الفرائض والسنن أولى من التخلّي لنوافل العبادات مع ترك النكاح - خلافاً للشافعي » وفي الأصل « التخلّي » .
(٢) النساء : ٣ - ﴿ وإن غفم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع .. ﴾ وانظر : للمجم المفسر لألفاظ القرآن الكريم مادة « نكح » فيه بيان طويل في هذا القصد .
(٣) في بلوغ الرام ، رقم ٨٢٤ ص ١٤٩ : « تزوجوا الودعة الولدة فإنى مكاتر بكم الأنبياء يوم القيامة » رواه أحمد وصححه ابن حبان وله شاهد عند أبي داود والنسائي وابن حبان أيضاً من حديث معقل بن يسار - وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩١٢ ص ٩٧٥ - ٩٧٦ . وانظر فيما بوجه عام « كتاب النكاح » .

وأما النصوص - قلنا : لا نسلم بأن هذه الصيغة أمر ، بل هي مترددة وضماً بين التندب والإباحة والتوبيخ والتسخير ، فلا تحمل على الأمر إلا بدليل زائد .

ولئن سلمنا أن هذه الصيغة وقعت أمراً ، ولكن لم قلّم بأن الأمر يقتضى الوجوب - وهذا لأن الأمر ليس إلا دعاء إلى الفعل المأمور به ، ومتى كان الأمر حكماً لا يأمر بالفعل إلا لترجيح جهة وجوده على جهة عدمه ، والترجيح كما يثبت بالوجوب يثبت بالتندب ، والوجوب أعلاهما والتندب أدناهما ، والأدنى متيقن به والأعلى مشكوك فيه ، فثبت المتيقن وهو التندب ، دون المشكوك .

ولئن سلمنا أن الأمر يفيد الوجوب ، ولكن : أمر ورد قبل الحظر أم ورد بعد الحظر ؟ م ع . ويانه - وهو أنا وجدنا / الأوامر الواردة في الشرع بعد الحظر أفادت الإباحة كقوله تعالى : ﴿ وَإِذَا خَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ ^(١) وكقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا ﴾ ^(٢) والفقهاء فيه أن النهي عن الفعل وحظره دلالة أن في الطبع دعاء إليه - لولا ذلك لم يصح النهي في الحكمة . وإذا كان كذلك كان المراد بالأمر الإباحة وإزالة الحظر حتى يفعل هو بطبعه ، فلا يحتاج إلى الترغيب بالإيجاب ، فإنه لا يقال للجائع : كل وإلا عاقبتك .

وإذا ثبت أن الأمر بعد الحظر يكون للإباحة ، فنقول : الأمر بالنكاح ورد بعد الحظر ، لأن في النكاح قضاء الشهوة ، والشرع ما جاء إلا بتحريم قضاء الشهوة ، فكان الأمر الوارد في النكاح وردياً بعد الحظر ، يفيد الإباحة ، دون الوجوب .

ولئن سلمنا أن الأمر يقتضى الوجوب مطلقاً ، ولكن في محل قابل للوجوب أم في محل غير قابل ؟ م ع . بيانه - أن النكاح عقد معاملة ، ولهذا يصح من الكافر أيضاً ، فلا

(١) المائدة : ٢ .

(٢) الجمعة : ١٠ - ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ... ﴾ . وفي الأصل : « وإذا » .

يتصف بالوجوب ، ولأن في الطبع داعية^(١) إلى النكاح لما فيه من قضاء الشهوة ، وما هذا حاله لا يتصف بالوجوب .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن النكاح واجب ، ولكن ههنا دليل يأبى ذلك ، وهو أن النبي ﷺ سماه « سنة » بقوله عليه السلام : « النكاح سنتي » والسنة غير الواجب .

ولكن سلمنا أن النكاح واجب ، ولكن على سبيل التعيين أم سبيل الكفاية ؟ ع م . ولا يمكن^(٢) دعوى التعيين ، لأننا أجمعنا على أن كل واحد من المسلمين لو تركه لا يأثم . وإذا كان واجباً على سبيل الكفاية ، لا يترجح على المنسوب .

ولكن سلمنا أن النكاح واجب ، ولكن لم قلتم بأن التخلي ليس بواجب ؟ - وببانه وهو أن المقصود من خلق العباد العبادة مطلقاً ، لقوله تعالى : ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ﴾^(٣) وقوله تعالى : ﴿ يا أيها الناس اعبدوا ربكم ﴾^(٤) .

٢/١٦

ولكن سلمنا أن التخلي ليس بواجب ، ولكنه عبادة ، والنكاح ليس بعبادة ، وما يكون عبادة فهو أفضل مما لا يكون عبادة .

الجواب :

قوله : لو ترك النكاح لا يعاقب بالإجماع ، فلا يكون واجباً - قلنا : الجواب عنه ما مر في مسألة المجنون^(٥) .

(١) كذا تبدل وأملها : « دواعيه » . وفي المعجم الوسيط : دعا إلى الشيء حثه على قصده - والداعية ، الهاء للمبالغة والجمع فَوَّاع ، الذي يدعو إلى دين أو فكرة .

(٢) كذا ترجع استناداً إلى تعبير المؤلف في مواضع مشابهة مثل ما في ٢/١٧ من المخطوط لأنها غير واضحة تماماً .

(٣) الذاريات : ٥٦ .

(٤) البقرة : ٢١ - ونشر المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم كلمة « اعبدوا » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ٢٧ و ٣٣ وما بعدهما المسألة ١١ و ١٤ .

ثم نقول : النكاح واجب عندنا على سبيل الكفاية ، فلا يأتى به البعض إذا قام به البعض ، ولو ترك الكل فالكل يأثمون .

قوله : لم قلم بأن هذه الصيغة أمر ؟ قلنا : لأن كون الصيغة أمراً يقف على شرطين : أحدهما المرتبة ، والثاني الإرادة - الدليل عليه أن السيد إذا قال لعبد : « اسقنى » يسبق إلى فهم العبد كونه أمراً ويسارع إلى الامتثال . وقد وجد في هذه الصورة علو المرتبة والإرادة . أما علو المرتبة فظاهر . وأما الإرادة فلائه إذا وجدت هذه الصيغة متجردة عن القرائن ، وهذه الصيغة موضوعة للأمر - دلت على إرادة كونه أمراً .

قوله : لم قلم بأن الأمر للوجوب ؟ - قلنا : لأن الصحابة حملوا أوامر الله وأوامر رسوله على الوجوب . ولأن^(١) ترك الفعل المأمور به عصيان ، لأن المغوى لا يفرق بين قول القائل : أمرتك بكذا فعصيتى وبين قوله : أمرتك فلم تفعل . وقال الشاعر : « أمرتك أمراً جازماً فعصيتى »^(٢) أى لم تفعل . ثبت أن ترك الفعل المأمور به عصيان ، والعصية سبب لاستحقاق العقاب ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فيها ﴾^(٣) .

قوله : متى يفيد الواجب : إذا ورد بعد الحظر أم قبل الحظر ؟ قلنا : قبله وبعده ، لأن ما ذكرناه من [الكتاب]^(٤) لا يفصل . وفيما ذكر من المواضع حمل على (١) في الأصل كذا : « ولين » .

(٢) البيت بأكمله كما في المحمد (١ : ٦٠) دون نسبه إلى أحد :

أمرتك أمراً جازماً فعصيتى .. فأصبحت مملوكاً للإرادة نادماً

وانظر : « أصول الفقه » للمؤلف ص من مخطوطته ١/١٨ وما بعدها .

(٣) النساء : ١٤ . وانظر أيضاً : سورة الجن : ٢٣ .

(٤) هذه الكلمة « الكتاب » وردت في الماشى وهي غير واضحة أصلاً - راجع كتاب المؤلف « أصول الفقه » ص في المخطوطة ٢/٢١ وما بعدها - وأثبتناها هنا كما نطق ، والله أعلم =

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٤)

الإباحة لا لكونه وإرداً بعد الحظر بدليل أن الله تعالى نهى الحائض عن الصوم والصلاة ثم أمرها بهما ، وهو محمول / على الوجوب . وكذا نهى المحرم عن حلق الرأس ثم أمره به ، وإنه واجب .

قوله : بأن الأمر بالنكاح ورد بعد الحظر - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن النكاح قضاء الشهوة وإنه حرام - قلنا : قضاء الشهوة في باب النكاح دخل بطريق الضمن والتبع ، وإنما المقصود مصالح التوالد والتناسل وغير ذلك .

قوله : لم قلم بأن هذا المحل قابل للوجوب - قلنا : لأنه لو لم يكن قابلاً للوجوب لما أضيف إليه الأمر .

قوله : النكاح معاملة - قلنا : بلى ، ولكن معاملة شرعت لمصلحة بقاء العالم ، فيكون واجباً كالكسب والزراعة ، إذ لا تنال بينهما .

قوله : في الطبع دعاء اليه - قلنا : (١) بلى ، ولكن لا ينفي الوجوب ؟ كصلة الرحم وغيرها .

قوله : سماء النبي ﷺ « سنة » والسنة اسم لغير الواجب - قلنا : لا نسلم ، بل السنة عبارة عن طريقة مسلوكة ، والطريقة قد تكون واجبة وقد تكون غير واجبة .

قوله : النكاح واجب على سبيل الكفاية - قلنا : نعم ، ولكن هذا يكفي للترجيح على التوافل ، لأنها ليست بواجبة .

قوله : لم قلم بأن التخلي ليس بواجب ؟ قلنا : لما ذكرنا ، ولأنه معلق باختيار العبد - قال عليه السلام : « الصلاة خير موضوع فمن شاء فليقل ومن شاء

= وراجع الهامش السابق (٣) ونلاحظ أيضاً أنه ورد حديث في ذلك وقد تقدم فعمل الكلمة الجامعة هي : « الأدلة » أو « النصوص » وانظر : السمرقندي ، ميزان الأصول ، ص ١١١ - ١١٢ .

(١) في الأصل كنا : « قل » . والمؤلف جرى على قوله هذا الموضع وأمثاله « قلنا » مم يجعل هذا في نظرنا خطأ من الناسخ .

فليستكثر^(١) » وما هذا حاله لا يتصف بالوجوب .
وأما الآية^(٢) فالمراد منه « إلا ليوحدون » نقلاً عن أئمة التفسير . وكذا قوله تعالى : ﴿ اعبدوا ربكم ﴾ أى « وحدوا ربكم »^(٣) .
قوله : بأن النواقل عبادة والنكاح معاملة - قلنا : بلى ، ولكن تعلقت بهذه المعاملة مصلحة هى أهم من المصلحة المتعلقة بتلك العبادة ، فيكون راجحاً هـ .

٢١ - مسألة : البنت المخلوقة من ماء الزانى يحرم على الزانى نكاحها .

والوجه فيه - أن هذه بنته ، فحرم عليه .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأن / بنت الرجل لغة هى الأنثى المخلوقة من مائه ، ٢/١٧
وهذه أنثى مخلوقة من مائه ، فتكون بنته ، فحرم عليه ، لقوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ
أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ ﴾^(٤) .

فإن قيل : قولكم بأنها بنته - قلنا : لا نسلم .

قوله : بنت الرجل لغة هى الأنثى المخلوقة من مائه - قلنا : نعم ولكن لم قلّم بأن
هذه مخلوقة من مائه ؟ وهذا لأن الانحلال من مائه أمر باطن لا يوقف عليه إلا بدليل ،
ولا دليل ههنا ، لأن الزانية يأتيها غير واحد من الرجال ، فلا دليل على كونها مخلوقة من
مائه .

ولئن سلمنا أنها مخلوقة من مائه ، والمخلوقة من مائه تكون بنته - ولكن لغة أو
شرعاً ؟ م ع . ولا يمكن دعواه ، لأن الشرع قطع الإضافة عن الزانى حيث قال :
« الولد للفراس وللعاشر الحجر » ، ومثل هذا الكلام مستعمل للقطع والنفى . وإذا

^(١) فى الأصل كنّا : « فليستكثر » .

^(٢) - ٣) راجع فيما تقدم ص ٤٨ - الآية ٥٦ من الذريات و ٢١ من البقرة . وفى ضح
التدبير للشوكاني ، ج ٥ ص ٩٢ : « وقال الكلبي : للمعنى إلا ليوحدون » وقد أورد أقوالاً أخرى .

^(٤) النساء : ٢٣ .

كان منقطع الإضافة عنه شرعاً ، كانت كذلك عرفاً ، ولأن الشرع حرم نسبة المخلوق من الزنا إلى الزاني ، لأن فيه إشاعة الفاحشة ، والظاهر امتناع الناس عما حرمه الشرع .

ولئن سلمنا أنها بته ، ولكن لم قلم بأنها تحرم عليه ؟ .

أما النص - قلنا : الداخل تحت النص بنت مضافة إليه مطلقاً ، والمضافة إليه مطلقاً هي المضافة إليه لغة وعرفاً وشرعاً ، فلا تتناولها الآية .

ولئن سلمنا بأنها مضافة إليه عرفاً وشرعاً ، ولكن في حق جميع الأحكام أم في حق بعض الأحكام دون البعض ؟ ع م .

ولا يمكن دعوى الأول ، لأنها غير مضاف [ح] إليه في حق الإرث وفي حق النفقة وفي الاستيلاء . ولأن الزنا حرام ، فلا يجوز أن يكون سبباً لإضافة الولد ، لأنها نعمة .

الجواب :

قوله : لم قلم بأنها مخلوقة من مائه - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنا لا نتكلم في زان معين ، بل نقول هذا متصور أن يقع ويعرف ، فتكلم في ذلك المتصور على تقدير الوقوع .

والثاني - بفرض (١) الكلام فيما إذا زنى وأمسكها في يته / حتى جاء الولد إلى ستة أشهر ، وقد أقر بذلك .

قوله : بته لغة أم شرعاً ؟ - قلنا : لا حاجة بنا إلى ذلك ، ولكننا نقول : هذه بنت مختصة به حقيقة ، والنص يقتضي تحريمها مطلقاً ، فتدخل تحت النص ، غاية ما في الباب أن الشرع قطع إضافتها إليه . ولكن إنما قطع الإضافة في حق تلك الأحكام التي ذكر لمعنى - ذلك المعنى غير موجود في الحرمة . بيانه - أن في الإضافة إلى الزاني في

(١) يجوز أن تكون : « نفرض » إذ الحرف الأول غير منقوط .

حق جريان الإرث والنفقة وأمية الولد بينهما^(١) إشاعة الفاحشة والتسوية بين النكاح والسفاح ، فالشرع قطع الإضافة في هذه الأحكام لهذا المعنى ، وهذا المعنى معدوم في الحرمة ، إذ ليس في الامتناع من النكاح إشاعة الفاحشة .

قوله : بأن هذا إثبات النعمة بالزنا - قلنا : ليس كذلك ، بل هو إثبات الحرمة بالنص ، بناء على أمر حقيقي ، لا بالمعنى هـ .

٢٢ - مسألة : الزنا يوجب حرمة المصاهرة .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكَحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾^(٢) - الله تعالى نهى عن وطء موطوءة الأب ، وهذه موطوءة الأب ، فيحرم وطئها . وإذا حرم وطئها حرم نكاحها^(٣) ، إذ لا قاتل يعمل النكاح وحرمة الوطء .

وإنما قلنا إنه نهى عن وطء موطوءة الأب ، لأنه نهى عن نكاح منكوبة الأب ، والنكاح في اللغة حقيقة عبارة عن الوطء ، ثم جعل مجازاً عن العقد ، فصح ما ادعينا : أن هذا نهى عن وطء الموطوءة ، فتحرم .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح في اللغة عبارة عن الوطء حقيقة - قلنا : لا نسلم ،

(١) كنا نبدو في الأصل : « أمية الولد بينهما » . وتقدم منذ قليل أنها غير مضافة إليه في حق الإرث والنفقة والاستيلاء . وفي المعجم الوسيط : الأميُّ نسبة إلى الأم .

ويلاحظ أن ولد الزنا يثبت نسبه من أمه وإن كان لا يثبت نسبه من الزاني - أستأذننا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية - قسم الزواج ، ص ٣٩٦ و ٣٩٧ . وقد نص في المادة ١٨٤ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الذي تم بإشراف شيخ الإسلام الإمام المرحوم عبد الحليم محمود على ما يأتي : « يثبت نسب كل مولود إلى أمه بمجرد ثبوت الولادة دون قيد أو شرط ويترتب على هذا النسب بينهما جميع نتائجها المنفردة عن الأمومة والبنوة مالية أو غير مالية » .

(٢) النساء : ٢٢ .

(٣) في الأصل : « نكاحاً » .

ن النكاح مجاز في الوطء ، بدليل أنه يصح أن يقال : وطئها وما نكحها ، أو نكحها وما وطئها ، وهذا أمانة المجاز .

ولا يقال بأن الأصل هو الحقيقة ، لأننا نقول : لا نسلم ، بل كل واحد منهما أصل ، بل المجاز أوضح وأكثر استعمالاً . ولا يقال بأن المجاز يخل بالفهم ، لأننا نقول / ٢/١٨ يخل بالإقحام المطلوب من الحقيقة ، أما لا يخل بالإقحام المطلوب من المجاز .

ولئن سلمنا بأن المراد من منكوحة الأب موطوءة الأب ، ولكن لم قلّم بأن المراد بكلمة « ما » بقوله : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ﴾ ^(١) هي المرأة . وهذا لأن كلمة « ما » حقيقة في غير العقلاء ، فلو كان المراد منه « المرأة » لقال : « من نكح آباؤكم » ، فكان المراد والله أعلم : ولا تنكحوا النكاح الذي كان يعقد آباؤكم في الجاهلية .

ثم نقول : الحرمة عندهم ثبتت بالنظر والمس قبل الوطء ، فلا يمكن إثباتها بالوطء ، وصار هذا كوطء الصغيرة التي لا تشهى .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأن النكاح عبارة عن الوطء حقيقة - قلنا : لأن مطلق الاستعمال دليل الحقيقة .

قوله : يصح أن يقال : نكحها وما وطئها - قلنا : لا نسلم بأنه يصح أن يقال هذا الكلام مطلقاً ، وإنما يصح على تقدير إضمار شيء وهو قوله : نكحها نكاحاً هو عقد وما وطئها ، فعلم أن النكاح حقيقة للوطء والعقد على طريق العموم ، احترازاً عن الاشتراك الخلل بالفهم .

قوله : بأنه ذكر بكلمة « ما » - قلنا : كلمة « ما » قد تستعمل بدلاً عن كلمة « من » - قال الله تعالى : ﴿ قال فرعونُ وما ربُّ العالمين ﴾ ^(٢) بمعنى « من » فيجب

(١) النساء : ٢٢ .

(٢) الشعراء : ٢٣ .

الحمل عليه عند قيام الدليل ، وقد دل الدليل وهو قوله « من » النساء ، لأن المترع من جنس المترع منه .

وأما قوله : بأن الحرمة تثبت بالمس والنظر قبل الوطء - قلنا : النظر سبب للحرمة ، إذا لم يتصل بالوطء ، لكونه سبباً مفضياً إليه قائماً مقامه . أما إذا اتصل به الوطء فلا .

وأما وطء الصغيرة التي لا تشتى - قلنا : عند أبي يوسف ممنوع . وعندهما : إنما لا يوجب الحرمة ، لأنه وطء صورة لا معنى ، والنص يتناول الوطء المطلق . والله أعلم .

٢٣ - مسألة : الأب إذا تزوج بجارية الابن يجوز .

والوجه فيه - أنه تزوج بجارية غير مملوكة له / بوجه ما ، فوجب أن يجوز ، قياساً على ١/١٩ التزوج بجارية الأجنبية .

وإنما قلنا ذلك - وذلك لأنها مملوكة الابن من كل وجه ، بدليل نفاذ تصرفاته فيها^(١) من البيع والهبة وحل الوطء والإعتاق وغيرها . وإذا كانت مملوكة الابن من كل وجه لا تكون مملوكة للأب ، لأن الجمع بين المالكين لشخصين في محل واحد في زمان واحد ممنوع .

فإن قيل : قولكم بأنه تزوج بجارية غير مملوكة له بوجه ما - قلنا : لا نسلم ، بل هي مملوكة للأب من حيث النص والحكم والمعقول :

أما النص - [ف] قوله عليه السلام : « أنت مالك لأبيك » .

وأما الحكم - [ف] أجمعنا على أن الأب إذا استولد جارية ابنه يصح ، وإن وطئها لا يجب عليه الخلد ، وإن ادعى ولدها ثبت منه النسب .

وأما المعقول - فهو أنها كسب كسبه ، لأنها كسب الابن ، والابن كسبه ، والكسب سبب الملك .

ولئن سلمنا أنها غير مملوكة للأب بوجه ، ولكن لم قلّم بأنها مملوكة للابن من كل وجه ؟ أما حل الوطاء ونفاذ العتق فلا يدل على الملك من كل وجه ، بدليل حل الوطاء ونفاذ العتق في المديرية^(١) وأم الولد^(٢) مع انتفاء الملك من كل وجه .

والدليل على أن الملك ليس ثابتاً^(٣) للابن من كل وجه أن من جملة آثار الملك حجر الغير عن التصرف والممتلك ، وهذا غير ثابت للابن في حق الأب ، فإن الأب غير محجور عن ذلك .

ولئن سلمنا أنها مملوكة للابن من كل وجه ، ولكن لم قلّم بأنها لا تكون مملوكة للأب ؟

قوله : الجمع بين الملكين ممنوع - قلنا : باعتبار ذاتيهما أم باعتبار أثرهما ؟ ع م .
ولكن لا تجمع بينهما في حق الآثار التنافية ، لأنها [نفينا هذا]^(٤) الملك في منع جواز نكاح الأب ومنع جواز نكاح الابن [والتنافي]^(٥) بينهما /

٢/١٩

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى جواز النكاح ، ولكن ههنا دليل آخر بأى ذلك .
وذلك لأن الملك للأب ثابت من وجه على ما ذكرنا ، والثابت من وجه يلحق بالثابت

(١) كلما فيما بعد (المديرية) وهنا أيضاً إلا أن التاء الخمسة غير ظاهرة هنا .

(٢) راجع : « النخبة » ج ٢ ص ٤٠٦ - ٤١٠ في أم الولد وص ٤١٠ - ٤١٥ في المدير .

(٣) في الأصل : « ثابت » .

(٤ - ٥) هذه الكلمات موضعها في الأصل يبايض إلا من بعض الحروف . فهى من اجتهدنا . وسيأتى قريباً في الحواش قوله : « ومن الخال صحة البيع ولغة من الأب والابن فيها وإذا ثبت التنافي بين هذه الآثار ثبت التنافي بين المعنيين المقتضيين لها ... لما نفينا الملك أصلاً ... » .
ولعل المقصود هنا : لأنها نفينا اجتماع الملك للابن والأب معاً - والله أعلم .

من كل وجه في حق منع جواز الكاح احتياطاً ، إذ هو من باب الحرمات .
الجواب :

قوله : بأنها مملوكة للأب - قلنا : لا نسلم .

وأما الحديث - قلنا : الإضافة إنما تقتضي الملك إذا صادفت محلاً قابلاً للملك ،
والحلل إنما يقبل الملك إذا كان فارغاً عن ملك الغير ، ومال الابن ملكه من كل وجه -
على ما مر .

وأما صحة الاستيلاء وثبوت النسب ، [ف] باعتبار ثبوت الملك قبيل الاستيلاء
مقتضى (١) له ، لا لملك كان ثابتاً قبله .

وأما سقوط الحد - فلو جود الشبهة ، أو باعتبار حق التملك ، لا باعتبار قيام الملك
في الحال .

قوله : كسب الكسب سبب الملك - قلنا : إذا كان الكاسب الثاني حراً أم إذا لم
يكن ؟ ع م - ولكن الكاسب ههنا وهو الابن حر مالك ، فملكه ينفي ملك الغير .

وأما المدبرة وأم الولد - قلنا : الملك ثابت فيهما من كل وجه . ولكن امتنع جواز البيع
والكفارة [ف] لمعنى آخر ، وهو انعقاد سبب الحرمة في الحال ، لما عرف .

قوله : من آثار ملك الغير حجر الغير عن التصرف - قلنا : نعم ، والأب محجور
عن التصرف في مال الابن ، حتى لو باعه ابتداءً أو أعتقه لا ينفذ ، والحجر عن التملك
أثر العصمة لا أثر الملك .

قوله : بأن التنافي بين الآثار لا بين الملكين - قلنا : التنافي بين هذه الآثار والأحكام
لا يوجب التنافي بين الملكين ، لأن الملك هو المعنى المقتضى لهذه الآثار ، ومن الحال
صحة البيع والمبة من الأب والابن فيها ، وإذا ثبت التنافي بين هذه الآثار ثبت التنافي
بين المعنيين المقتضيين لها .

(١) في الأصل كنا : « مقتضى » .

قوله : بأن الثابت من وجه يلحق بالثابت من كل وجه احتياطاً - قلنا : لما نفينا الملك أصلاً / وجب القول بجواز النكاح لخلو المحل عن ملك اليمين . ١/٢٠

٢٤ - مسألة : زوج المعتدة إذا قال : أخبرني المرأة أن عدتها انقضت ، وذلك في مدة تحتمل انقضاء العدة ، وكذبه - فإنه يصدق الزوج في حل نكاح أختها أو أربع سواها .

والوجه - أن إخبار الزوج^(١) حصل أمانة على انقضاء العدة ، فوجب أن يترتب عليه حل نكاح أختها وأربع سواها ، قياساً على ما إذا صدقته المرأة .

وإنما قلنا ذلك - لأن إخباره صدر عن عقل ودين ، فيترجع فيه الصديق على الكذب ، نظراً إلى ظاهر حاله ، فوجب العمل بخبره .

فإن قيل : قولكم بأن إخبار الزوج أمانة لانقضاء العدة ، لأنه صادر عن عقل ودين ، وما يدعوانه إلى الصديق - قلنا : إن كان العقل والدين يدعوانه إلى الصديق ، فالهوى والطبع يدعوانه إلى الكذب ، لتعلق النفع به ، وهو حل نكاح الأخت .

ولكن سلمنا أن إخباره أمانة لانقضاء ، ولكن إخبارها أمانة عدم الانقضاء ، والترجيح معها ، لأن إخبارها صدر عن علم وولاية ، لأنها أعلم بحالها ، والله تعالى أمرها بإظهار ما في رجبها بقوله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لِمَنْ أَنْ يَكْتُمَ - الآية (٢) ﴾ ، ولأنها أمانة ، والقول قول الأمين - لما عرف في الأحكام .

ثم إذا تعارض الحل والحرمه ، فالأخذ بالحرمه أولى ، احتياطاً .

(١) سيأتي أن إخباره صدر عن إخبارها .

(٢) البقرة : ٢٢٨ - ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَضْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لِمَنْ أَنْ يَكْتُمَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَوْلَتَيْنِ أُسْتُ بَرِّدْهُنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ... ﴾

الجواب :

أما قوله بأن الهوى والطبع يدعوانه إلى الكذب - قلنا : لا معارضة بين الهوى والطبع وبين العقل والدين ، لأن العقل والدين في الدعاء إلى الصدق والصرف عن الكذب أحكم ، لأن الداعي إلى الصدق لذاته ، والداعي إلى الكذب ليس لذاته بل لما يتعلق به من النفع ، ويحتمل أن يتعلق النفع بالصدق ، فكان أرجح .

قوله : إخبارها صدر عن علم وولاية - قلنا : وخير الزوج أيضاً صدر عن علم وولاية ، لأنه أخبر عن / إخبارها ، وله علم بأخبارها ، فيحتمل أنها أخبرته ثم نسيت أو أنكرت عمداً ، وكل من له علم بالشئ ، فله ولاية الإخبار عنه .

قوله : بأنها أمانة - قلنا : في ماذا ؟ في الإخبار عما في رحمها ابتداء أو في الإنكار أنها لم تغير الزوج بذلك ؟ م ع . والكلام في الإخبار عن إخبارها : أنها أخبرته أو لم تغير ، وهي ليست بأمانة في ذلك ؟ .

قوله : المحرم يرجع على المحل - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الإحلال حكم الشرع كالتحريم ، وكأن إحلال الحرام افتراء على الشرع ، فتحريم الحلال افتراء على الشرع - دل عليه أنه يجب العمل ههنا بخبر المرأة في حق بقاء النفقة والسكنى وثبوت النسب ، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

٢٥ - مسألة : الأب لا يملك إجبار البكر البالغة على النكاح .

والوجه - أن هذا الإنكاح صدر لا عن ولاية ، فلا ينفذ قياساً على إنكاح الشيب البالغة .

وإنما قلنا ذلك - لأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط كون التصرف نظراً ومصلحة في حق المولى عليه ، لأن الولاية تثبت للأنتظر فالأنتظر ، وهذا الإنكاح لم يحصل على وجه 'نظر ، بدليل إقدامها على الرد مع عقلها وعلمها بمصالح نفسها .

فإن قيل : قولكم بأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط النظر - قلنا : لا نسلم .
وهذا على خلاف مذهب أبى حنيفة : فإن للأب والجد إذا زوجا صغيرة من غير
كفء بأقل من مهر مثلها ، جاز ، ولا نظر فيه .

ولئن سلمنا أنه مقيد بشرط^(١) النظر ، ولكن بحقيقة النظر أم بدليل النظر ؟ ع م .
ولا يمكن تقييده بحقيقة النظر ، لأنه لا يوقف عليه ، فيؤدى إلى تعطيل الأحكام ،
فيكون مقيداً بدليل النظر ، وهو موجود ههنا ، لصدوره عن كمال الشفقة والرأى .
ولئن سلمنا أنه مقيد بحقيقة النظر - ولكن لم قلتم بأنه لم يحصل على وجه النظر ؟ .

وأما إقدامها - قلنا : متى يدل على انعدام المصلحة : إذا كانت / عامة بمصالح
النكاح أم إذا لم تكن ؟ ع م . وهذا لأن العلم بمصالح النكاح ومفاسده يحصل بالتجربة
والممارسة ، ولم يوجد منها .

ولئن سلمنا أنها عامة بمصالح النكاح ، ولكن الأب كامل الرأى والعقل ، بخلاف
المرأة ، فكان الترجيح لتصرفه .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن ولاية الإنكاح مقيدة بشرط النظر ؟ - قلنا : لأن الدليل ينفى ولاية
الإنكاح ، لمكان الحرمة أو للضرر إلا إذا اشتمل على المصلحة .

وأما إذا زوجا^(٢) صغيرة من غير كفء ، بأقل من المهر - إنما ينفذ عنده لاشتتاله
على وجه النظر والمصلحة ، لأن المصلحة كما تحصل من الكفء ، تحصل من غير
الكفء فتزويجها من غير الكفء بأقل من المهر مع كمال الشفقة دليل على أن المصلحة
فيه أكثر .

قوله : الحكم معلق بحقيقة المصلحة أم بدليلها ؟ قلنا : بحقيقة المصلحة الثابتة ، بناء

(١) في الأصل هكذا : « ولأن سلمنا أنه مقيد بشرط النظر »

(٢) أى الأب والجد - راجع ما ما تقدم قبل سطور .

على الدليل ، فلا يؤدي إلى تعطيل الأحكام .

قوله : إقدامها على الرد إما يدل على انعدام المصلحة ، إذا كانت عالة بمصالح النكاح - قلنا : هي عالة بمصالح النكاح على الإجمال ، وإن لم تعرف على التفصيل ، لأنها تعرف أن مصالح النكاح هي التوالد والتناسل والسكن^(١) ، وذلك لا يحصل [إلا] بالدوام والثبات وحسن الأخلاق ، وذلك يكفي لعلها بمصالح النكاح .

وأما ما ذكر من رأى الأب وعقله - قلنا : إن كان رأى الأب أكمل ، فشفقته أنقص . ورأى المرأة إن كان أنقص ، فشفقها أكمل .

والله أعلم

٢٦ - مسألة : الأب والجد يملكان إجبار الثيب الصغيرة .

والوجه فيه - أنه إنكاح صدر عن ولاية التنفيذ ، فوجب أن ينفذ ، قياساً على إنكاح البكر الصغيرة .

وإنما قلنا ذلك - لأن حاجة الصغيرة ماسة إلى مصالح النكاح ، وهي عاجزة عن مباشرة النكاح / بنفسها فوجب أن تثبت الولاية تحصيلاً لمصالح النكاح .

٢/٢١

فإن قيل : قولكم بأن حاجة الصغيرة ماسة - قلنا : ولاية الإنكاح تثبت بمطلق الحاجة أم بالحاجة الضرورية ؟ ع م - فلم قلتم بأن تلك الضرورة موجودة ههنا ؟ .

بيانه - أن النكاح تصرف إضرار في جانب الصغار ، لأن فيه إرقاقاً وتقليكاً واستفرشاً واستدلالاً . والدليل ينفي ذلك . إلا أننا تحملنا ذلك في حق البكر لضرورة ، وهي ضرورة حصول العلم لها باللذة . وهذه الضرورة منتزعة ههنا .

ثم هذا معارض بما روى البخاري ومسلم في صحيحهما عن أبي هريرة أن رسول الله

(١) سأتى بعد قليل : « والسكن » وهي ها في الأصل : « والسكن » .

يُقال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر »^(١) والأيم اسم للثيب^(٢) .

ولهذا إذا أوصى لأَيامى بنى فلان ، لا يدخل الأُبكار فيهم .

الجواب :

قوله : الإنكاح تصرف إضرار فى جانبها - قلنا : لا نسلم .

وأما ما ذكر من الرق والملك وغير ذلك - فهو منقوض بإنكاح البكر الصغير .

ولئن سلمنا أن ذلك مؤثر فى إثبات الولاية ، ولكن الإنكاح طريق لدفع الحاجة إلى مصالح النكاح بعد البلوغ ، فيجب إثبات الحكم به .

وأما الحديث - قلنا : المراد منه المرأة البالغة التى لا زوج لها ، نقلًا عن أئمة اللغة^(٣) .

والله أعلم .

٢٧ - مسألة : غير الأب والجد مثل الأخ والعَم يثبت له إنكاح الصغيرة والصغير ، ولهما الخيار إذا بلغا .

والوجه فيه - أن الإنكاح صدر عن ولاية التنفيذ ، فوجب أن ينفذ قياساً على إنكاح الأب والجد .

(١) فى بلوغ المرام ، رقم ٨٣٤ ، ص ١٥١ : « وعن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » قالوا : يا رسول الله : وكيف إذن ؟ قال : « أن تسكت » متفق عليه - والأيم الثيب التى فارقت زوجها بطلاق أو موت . وفيه أيضاً : رقم ٨٣٥ ص ١٥١ - ١٥٢ : « وعن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تُستأمر وإذنها سكوتها » رواه مسلم . وفى لفظ : « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تُستأمر » رواه أبو داود والنسائى وصححه ابن حبان . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩٢٢ ص ٩٩٠ ورقم ٩٢٣ ص ٩٩١ .

(٢ - ٣) الأيم العزب ، رحلاً كان أو امرأة ، تزوج من قبل أو لم يتزوج : وهى أئمة أيضاً - للمجم الوسيط ومختار الصحاح .

وإنما قلنا ذلك - لأن الصغير والصغيرة يحتاجان إلى مصالح النكاح عاجزان عن مباشرة النكاح بأنفسهما . والأخ أو العم يختص^(١) بكمال الرأى والشفقة ، فوجب أن يثبت لهما الولاية تحصيلاً لمصالح النكاح ودفعاً لحاجتهما .

فإن قيل : / قولكم بأن الصغير والصغيرة يحتاجان إلى النكاح - قلنا : لا نسلم . ١/٢٢
وظاهر أنه ليس كذلك ، لأن الحاجة إلى النكاح لتحصيل المصالح المطلوبة من النكاح ، وهي قضاء الشهوة والتوالد والتناسل والسكن للزواج ، وهذه المعاني لا تتحقق في حق الصغير والصغيرة - غاية ما في الباب أنهما يحتاجان إلى ذلك بعد البلوغ . ولكن الدليل ينفي ولاية الإنكاح ، لما فيه من الإضرار في جانب الصغير بإيجاب المهر والنفقة ، وفي جانب الصغيرة بالرق والاستغراش ، والدليل ينفي ذلك ، إلا أننا تحملنا ذلك في موضع يكون النكاح صيانة عن الزنا في الحال وفيما عداه يتمسك بالدليل الناقص ، بخلاف الأب والجد ، لأن الشرع لكمال شفقتهم ورأيتهم أقام الحاجة بعد البلوغ مقام الحاجة في الحال في إثبات الولاية .

ولئن سلمنا أنهما محتاجان ، ولكن لم قلتم بأن الأخ والعم مختصان بكمال الشفقة والرأى ؟ وهذا لأن في شفقتهم قصورا ، وذلك مما يمنع التصرف على وجه النظر ، فلا تثبت الولاية . ولأننا أجمعنا على أن الأخ والعم لا يثبت لهما ولاية التصرف في مال الصغير والصغيرة ، ومعلوم أن أمر النفس أهم من أمر المال ، فانتفاء الولاية ههنا أولى .

ولئن سلمنا أن الأخ والعم يصلحان لإثبات الولاية ، ولكن متى تثبت الولاية لهما : إذا كان ههنا أنظر منهما أم إذا لم يكن ؟ م ع . وههنا أنظر منهما^(٢) وهو القاضى ، لاختصاصه بكمال العلم والديانة ، فلا تثبت لهما الولاية .

الجواب :

قوله : الصغير والصغيرة لا يحتاجان إلى مصالح النكاح في الحال ، فلا يحتاجان إلى

(١) قد قرأ « مختص » .

(٢) هذه العبارة « أم إذا .. منها » وردت في الماشي وقرأناها بصحوة مائة . ولعل المعنى مستقيم بدونها وإن كان بها أوضح .

النكاح - قلنا : إن كانا لا يحتاجان إلى هذه المصالح في الحال ، ولكن يحتاجان إلى هذه المصالح بعد البلوغ كالزراعة والتجارة ، فإن الإنسان / يحتاج إلى الزراعة والتجارة في الحال لتجصيل الزرع والربح في الزمان الثاني - كذا ههنا - ولهذا يكفى لإثبات الولاية .

قوله : الدليل ينفي ثبوت ولاية الإنكاح لما فيه من الإضرار بالجانين - قلنا : لا نسلم . وما ذكر من الرق والمهر وغير ذلك خرج من أن يكون ضرراً ، لكونه وسيلة إلى هذه المصالح ، إما في الحال أو بعد البلوغ ، فإن مصالح النكاح مطلوبة عقلاً وشرعاً .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه .

قوله : بأن الأخ والعم قاصر شفتقهما - قلنا : قصور الشفقة لا يمنع الولاية ، فإن ذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، فيدار الحكم على أصل الشفقة ، ومطنته القرابة .

وأما التصرف في المال - قلنا : إنما لا يملكان لثمة الخيانة ، لأن شفقة الإنسان على نفسه أوفر من شفتقه على أخيه ، فلا تؤمن فيه الخيانة ، لأن التصرف في المال يكثر وجوده ويتكرر ، أما ههنا لا ثمة ، لأن الأخ يتضرر بمصاهرة من لا يكافئه قريبه وأخوه .

وأما القاضى - قلنا : لا نسلم بأنه أنظر ، وبيانه - وهو أن الموجود في حق الأخ داع طبع وهو شفقة القرابة ، وفي حق القاضى داع شرعى . والداعى الطبعى يترجح على الداعى الشرعى .

٢٨ - مسألة : خيار البلوغ يثبت للصغير والصغيرة إذا زوجهما غير الأب والجد - حتى لو بلغ (١) له أن يرفع الأمر إلى القاضى حتى يفسخ القاضى النكاح . وعند أى يوسف يقع النكاح لازماً .

(١) أى الصغير أو الصغيرة . انظر : السمرقندى ، التحفة ، ١ : ٢٢٠ .

والوجه فيه - أن الإنكاح صدر لا عن ولاية الإلزام ، فلا يلزم ، قياساً على إنكاح الأجنبي .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفي ثبوت ولاية الإنكاح أصلاً ، إلا أننا توافقنا على ثبوت^(١) ولاية العقد والنفاذ ، فبقيت ولاية الإلزام متفية بالدليل النافي .
وإنما قلنا إن الدليل ينفي لأن الصغير حر ، والحرية تنفي ثبوت ولاية الغير عليه .

فإن قيل : ما ذكرتم من / الدليل إن دل على انتفاء اللزوم ، ولكن ههنا دليل آخر ١/٢٣ يأبى ذلك . وذلك لأن هذا تصرف يتصل به غرضه ومقصوده ، لأنه ممن هو مختص بكمال الرأي والشفقة ، وإنكاح شخص هذا حاله يفضي إلى المصالح المتعلقة به ظاهراً وغالباً ، فوجب القول بلزومه ، لأن في حق الفسخ إبطال حق معصوم للغير ، وذلك لا يجوز .

ولكن سلمنا أنه صدر لا عن ولاية الإلزام ، ولكن لم قلّم إن الدليل ينفي ولاية الإنكاح ؟ .

وأما الحرية - قلنا : لم قلّم إن الحرية تنافي النكاح حتى تنافي ولاية الإنكاح . وهذا لأن الحرية تنافي الرق والملك ، وليس في النكاح ملك ورق في المحل ، بل في الفعل ، وذلك لا ينافي ملك النكاح .

ولئن سلمنا أن الحرية في جانب الصغير تنفي ولاية الإلزام ، ولكن الحرية في جانب التصرف تنفي ولاية فسخ تصرفه ، فوقع التعارض وصار هذا كما إذا زوجت الأم أو زوج القاضى ، فإنه يلزم ، مع أنهما مؤخران عن الأخ والعم .

الجواب :

قوله إن هذا تصرف يتصل به غرضه ومقصوده - قلنا : قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . فلم قلّم بأنه يلزم ؟ وهذا لأن احتمال الخلل^(٢) إذا كان قائماً ، كان

(١) كذا قرأناها لأنها غير واضحة .

(٢) الخلل : الفساد والضعف . يقال : في رأيه خلل - للمعجم الوسيط ويختار الصحاح .

(طهارة الخلاف في الفقه - م ٥)

احتمال الحاجة قائماً ، ونحن لا نثبت ولاية الفسخ إلا على تقدير الخلل في المقاصد والحاجة إلى التدارك عند البلوغ .

قوله : بأن الفسخ إبطال حق الزوج - قلنا : بلى ، ولكنه إبطال حق غير لازم ، بل مشروط بالخيار ، كما في خيار البيع ، فلا يمتنع .

قوله : لم قلّم إن الحرية تنافي الإنكاح ؟ قلنا : لأن الحرية تنفي ولاية التصرف على الحر من غير رضاه ، سواء كان له أو عليه .

قوله : لم قلّم بأن النكاح رق - قلنا : لقوله عليه السلام : « النكاح رق » (١) فليُنظر أحدهم أين يضع كريمة . « ولأن الرق في اللغة عبارة عن ضعف حكيم / ، وقد وجد ذلك ، لكون المحل مقهوراً للغير . ٢/٢٣

قوله : الحرية في جانب المتصرف تنفي ولاية الفسخ - قلنا : بلى إذا ثبت مطلقاً ، أما (٢) إذا ثبت مشروطاً بخيار الفسخ فلا .

وأما إنكاح الأم فمن أي حنيفة رويان . والأصح أنه لا يلزم .
وأما القاضي فمن أي حنيفة رويان أيضاً ، فلا يلزم (٣) .

٢٩ - مسألة : النكاح يغير الولي ينقذ نافعاً .

والوجه فيه - أنها قصدت إيقاع التصرف مفيداً لملك النكاح ، والشرع جعلها سبيل من ذلك ، والمحل قابل ، فوجب القول بالصحة - قياساً على ما إذا باعت (٤) عيناً من أعيان مالها .

(١) هنا في الأصل « هـ » .

(٢) في الأصل : « أم » .

(٣) « وأما القاضي ... فلا يلزم » وردت في الهامش على سبيل التكملة لما في المتن .

(٤) في الأصل وردت بخط صغير جداً كلمة « ما » فوق « باعت » بحيث تقرأ « ما إذا ما باعت » والظاهر أن المعنى واضح بدون « ما » الزائدة .

وإنما قلنا إنها قصدت إيقاع التصرف مفيداً ، لدلالة القصد وهي الإتيان بالصيغة .
وإنما قلنا إن الشرع جعلها بسبيل من ذلك - لأن الشرع خصها بحالة لو أرادت
إيقاعها مفيداً للملك النكاح ، يتأتى منها ذلك ، لأنها عاقلة مميزة عالمة بمصالح نفسها .
وإنما قلنا إن المحل هـ قابل - لأن محل النكاح نفسها ، ونفسها حقها ، وهي قابلة
للكناح ، فوجب القول بالصحة ، لأن الشرع إنما حكم بتصرفها مفيداً للملك الميمن ،
لمساس حاجتها وتحصيل مصلحتها - هذا المعنى موجود هنا .

فإن قيل : قولكم بأنها قصدت إيقاع التصرف - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن ثبوت
القصد يقف على صحة القصد ، وصحة القصد تقف على العلم بما تقصد وكال
العقل ، وإنها ناقصة العقل ، لقوله عليه السلام : « إني ناقصات عقل ودين » ولهذا
أقيم شهادة امرأتين مقام شهادة رجل واحد .

ولئن سلمنا أنها قصدت ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعلها بسبيل من ذلك ؟ .
وأما ما ذكر من الحاجة - قلنا : الداعي إلى إثبات ولاية الإنكاح : الداعي أم
الضرورة ؟ ع م - ولكن لم قلتم بأن الضرورة موجودة ههنا ؟ .

بيانه - أن النكاح عقد شرعى مع المنافى ، لأن فيه ضرراً ، وما / هذا حاله يراعى في ١/٢٤
إثباته الضرورة لا مطلق الحاجة ، ولا ضرورة ههنا ، لأن الضرورة تندفع بإنكاح الولي أو
القاضى .

ولئن سلمنا بأن الشرع جعلها بسبيل ، ولكن لم قلتم بأن محل التصرف حقها ، بل
هو (١) حق الأولياء ، لأننا أجمعنا على أنها لو تزوجت من غير كفاء ثبت للأولياء حق
الفسخ ، فلا يكون حقها على الخلو ، ولأن نفسها كما هي حقها فهي حق الشرع
أيضاً ، بدليل أنها إذا وطئت بشبهة العقر (٢) حقا لها . وإذا وطئت بغير الشبهة

(١) في الأصل : « هي » .

(٢) في المعجم الوسيط : « العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة » . وفي تعريفات الجرحاني : -

يجب الحد حقاً للشرع . فلو ملكت لا يخلو : أما أن تملك بالأصالة أو النيابة - لا وجه للأول ، لأن الأصل هو الشرع . ولا وجه للثاني ، لأنها لا تصلح نائبة عن الشرع ، ولهذا لا تصلح قاضية .

ثم هذا معارض بما روى أبو داود وأبو عيسى الترمذى فى صحيحهما بإسنادهما عن أنى موسى وابن عباس وأبى هريرة وعمران بن حصين وأنس وعائشة قالوا : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي »^(١) . وهكذا خرج أبو داود والترمذى وابن ماجه فى كتبهم عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - فنكاحها باطل - فنكاحها باطل . فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها ، فإن اشتعروا فالسلطان ولى من لا ولى له »^(٢) . وكذا روى أبو هريرة : أن النبى ﷺ قال : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هى التى تزوج نفسها »^(٣) .

الجواب :

قوله : لم قلم بأنها قصدت - قلنا : لأن دليل القصد ثات - على ما مر .

قوله : لم قلم بأنها عاتلة - قلنا : لأنها عاقلة .

قوله : بأن عقلها ناقص - قلنا : القدر الذى لها من العقل يكفى للوقوف على

= « مقدار أجرة الوطء لو كان الزنا حلالاً . وقيل مهر مثلها . وقيل فى الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكرًا ونصف عشرها إن كانت ثيبًا . وفى الأمة عشر قيمتها إن كانت بكرًا ونصف عشرها إن كانت ثيبًا » .

(١ - ٣) راجع رقم ٨٣٢ ص ١٥١ من بلوغ المرام .

ورقم ٨٣٣ ص ١٥١ من بلوغ المرام وفيه « فنكاحها باطل » مرة واحدة . واشتعروا أى اختلف أولياؤها فى زواجها ومنتحوا من العقد عليها .

ورقم ٨٣٦ ص ١٥٢ من بلوغ المرام وليس فيه : « فإن الزانية هى التى تزوج نفسها » . وانظر فى كل ذلك : الصنعانى ، سبل السلام ، ٣ ، أرقام : ٩٢٠ - ٩٢٤ ص ٩٨٧ -

المعاني التي تقف عليها مقاصد النكاح، بدليل أنه يكفى / لمعرفة التوحيد والنبوات ، ٢/٢٤
وإنها أغمض^(١) من مصالح النكاح .

قوله : لم قلتم بأن الشرع جعلها بسبيل من ذلك - قلنا : لما ذكرنا من الحاجة .
قوله : المراعى في هذا الباب الحاجة أو الضرورة ؟ قلنا : هذه معارضة في صورة
التقسيم ، لأن النكاح متى كان مشتملاً على المصالح ، وجب أن تكون هي بسبيل من
تحصيلها .

قوله : لم قلتم بأن نفسها حقها - قلنا : لأن^(٢) الموض وهو المهر حقها على
الخلوص^(٣) .

وأما إذا زوجت نفسها من غير كفاء ، فلأن النكاح ، وإن كان تصرفاً في حقها ،
ولكنه يحتمل الضرر بالعشيرة بنسبة من لا يكافئهم ، فوجب عليهم دفع هذا الضرر .

وأما ما ذكر من حق الشرع لمكان الحد في الزنا - قلنا : الحق على هذا التفسير
ثابت أيضاً للشرع على الرجال . ومع هذا لا يمنع الولاية .

وأما قوله : إما أن تملك بالأصالة أو النيابة - قلنا : بالأصالة لما ذكرنا ، وهي
الأصل في هذا الباب^(٤) .

وأما ما روى من الأحاديث فمطلعون فيها من يحيى بن معين^(٥) وأحمد بن
حنبل^(٦) .

(١) غمض خفى - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل كنا : « لا » بدون النون .

(٣) تَخَلَّصَ تَخْلُوصاً وَخِلَاصاً صفاً وزال عنه شوبه - المعجم الوسيط .

(٤) « هذا الباب » وردت في الهامش تصحيحاً .

(٥) في الأصل : « بن معن » - انظر : للنفى في الضعفاء ، ٢ : رقم ٧٠٥٦ ، ص ٤١٤ .

(٦) راجع فيما تقدم المرامش ١ - ٣ من الصفحة السابقة . وابن رشد ، بداية المجتهد ، -

وإن لموا به^(١) فمعارض بقوله تعالى : ﴿ فلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ
أَزْوَاجَهُنَّ ﴾^(٢) أضاف النكاح إليهن . ومعارض بما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ
قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها » أخرجه
مسلم وأبو داود وأبو عيسى^(٣) .

ولا يقال بأن المراد من إضافة النكاح إليهن في الآية إذنهن بالنكاح ، لأنها إذا أذنت
بالنكاح تكون ناكحة : إما بطريق المجاز ، كقولهم : بنى الأمر الدار ، وإما بطريق
العرف ، فإنه يقال في العرف « نكحت فلانة فلانا وإن أنكحها وليا - غاية ما في
الباب أنه خلاف الحقيقة ، ولكن يجوز حمله على المجاز إذا دل الدليل ، وقد دل الدليل
ههنا ، وهو أنا لو حملناه على الحقيقة / يلزمنا ترك العمل بالأحاديث الصحيحة ،
فنحمله على المجاز المستعمل ، عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

١/٢٥

وأما الحديث - قوله : « الأيم أحق بنفسها من وليها » بمعنى أن الثيب الصغيرة لا
يملك الولي إجبارها على النكاح وتكون أحق بنفسها في رضاها لا في التزوج ، فيكون
حجة لنا عليكم في مسألة الثيب الصغيرة ، إذ لو حملناه على التزوج يلزم من ذلك
التناقض بين الأحاديث الصحيحة ، ويلزم أيضاً من ذلك ترك العمل بعموم الحديث ،

= ٢ : ٩ وما بعدها . وابن قدامة ، المغنى ، ٦ : ٤٤٩ وفيه أن حديث « لا نكاح إلا بولي » رواه
عائشة وأبو موسى وابن عباس - قال المروزي سألت أحمد ومسي عن حديث « لا نكاح إلا بولي »
فقالا صحيح . وأما الحديث الآخر : « أيما امرأة .. اغت » فرواه أحمد وأبو داود وغيرهما . فإن قيل
فإن الزهري رواه وقد أنكره - قال ابن خديج : سألت الزهري عنه فلم يعرفه - قلنا له : لم يقل هذا
عن ابن خديج غير ابن عليه . كذلك قال الإمام أحمد ومسي ، ولو ثبت هذا لم يكن حجة لأنه قد
نقله قتادة عنه فلو نسب الزهري لم يضره ... » .

(١) أى التزويج واحتجوا به - للمعجم الوسيط واختار الصحاح . وفي الأصل كنا :
لزمونه » .

(٢) البقرة : ٢٣٢ . وفي الأصل : « ولا » .

(٣) انظر بلوغ المرام ، رقم ٨٣٥ ص ١٥١ - ١٥٢ . وأبو عيسى هو الترمذي
(٢٧٥ هـ) .

لأن الأيم في اللغة تتناول الثيب الصغيرة التي لا زوج لها والثيب الكبيرة التي لا زوج لها ، وبالإجماع الثيب الصغيرة لا تملك تزويج نفسها . غاية ما في الباب أننا لو حملناه على ما ذكرنا يلزم من ذلك التقييد ، ولكن لو حملناه على ما ذكرتم يلزم منه التخصيص والتناقض ، فلم كان ما ذكرتم أولى مما ذكرنا ؟ لأننا نقول الترجيع معنا ، لأن ما تلونا كتاب مؤيد بالحديث الصحيح والمعقول ، فلا يعارضه ما ذكرتم .

٣٠ - مبالغة : المصابة بالفجور لا تستطيق .

والوجه فيه - أن النكاح عقد مصلحة في حقها ، فوجب أن لا يتوقف نفاذه على نطقها ، قياساً على ما إذا زالت بكارتها بالوثبة والحبيصة^(١) .

وإنما قلنا ذلك - لأن النكاح مشتمل على مصلحة التوالد والتناسل وقضاء الشهوة والنفقة وغيرها . فلو توقف على نطقها فانت عنها هذه المصلحة ، لأنها تمتنع من النطق ظاهراً أو غالباً ، لمكان الحياء .

فإن قيل : قولكم : لو توقف النكاح على نطقها لفوت عنها مصالح النكاح - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنها تمتنع عن النطق حياء من إظهار الرعة إلى الرجال - قلنا : متى تمتنع عن النطق : إذا كان في النطق مصلحة أم إذا لم يكن ؟ / ع م . ٢/٢٥

بيانه - وهو أن النطق إن كان فيه عيب لمكان الوقاح^(٢) ، ولكن اشتغال النكاح على ما ذكرتم من المصالح يحملها^(٣) على النطق .

(١) خاص القوم جالوا جولة يطلبون الفرار والمهرب - المعجم الوسيط . ويعد أن تكون « والحبيصة » لأنه في الغالب لا يترتب عليها زوال البكارة . ولعل المقصود « الانزعاج » أو « الحضة » كما نقول .

(٢) وقح الرجل قل حياؤه واجترأ على اقتراء القبايح ولم يعبأ بها فهو وقح وقاح وهي وقاح وكذا وقح فهو وقح وهي وقحة - المعجم الوسيط .

(٣) كذا في الأصل : « تحملها » ولعل الصح : « يحملها » .

ولئن سلمنا أن في النطق إظهار الرغبة إلى الرجال ، ولكن متى يكون عيًّا : إذا كان بطريق مشروع أم إذا لم يكن ؟ ع م - وهذا لأن الرغبة إلى الرجال بطريق النكاح مباح شرعاً ، فالظاهر أنها لا تمتنع من النطق تحصيلاً لمصالح النكاح ، فكان مقتضى ما ذكرنا في البكر هكذا^(١) ، إلا أن الشرع جعل سكوتها رضاها وفقاً لها ، أما هذه [ف] لا تستحق الرفق لمكان الفجور .

ولئن سلمنا أنها تمتنع عن النطق ، ولكن مثل امتناع البكر أم دونه ؟ ع م . وهذا لأنه وجدت منها غالبة الرجال ، فلا تمتنع مثل امتناع البكر ، فلا تقوت مصالح النكاح .

ولئن سلمنا بأنه تقوت مصالح النكاح ، ولكن جبراً أم باختيارها ؟ ع م . وهذا لأن الشرع جعل النطق طريقاً في حقها لاستيفاء مصالح النكاح ، والسكوت طريقاً للامتناع^(٢) . فإن أرادت استيفاء مصالح النكاح تحملت هذا^(٣) المكروه وإلا فلا . ثم معارض بقوله عليه السلام : « الثيب تعرب عن نفسها »^(٤) وهذه ثيب ، ولهذا : لو أوصى لثيب بنى فلان تدخل هي في الوصية ، ولو أوصى لأبكارها لا تدخل .
الجواب :

قوله : لا تمتنع عن النطق لما فيه من مصالح النكاح - قلنا : مصالح النكاح لا تصلح معارضة للحياء ، بدليل فصل البكر : فإنها تمتنع مع ما ذكرتم ، وحياء هذه أشد من حياء البكر ، لأن في نطق هذه إظهار الرغبة إلى الرجال في المستقبل وإلى الرجل الماضي ، فكان امتناعها أشد .

(١) في الأصل كذا : « هكذي » .

(٢) في الأصل « الانتاع » .

(٣) في الأصل تشبه : « هذه » .

(٤) راجع فيما تقدم الموالش ١ - ٣ من ٦٨ و ٦ من ٦٩ - ٧٠ و ٣ من ٧٠ .

وبه خرج الجواب / عن السؤال الثاني والثالث ، لأننا نينا أن امتناعها من النطق أشد
من امتناع البكر .

قوله : مصالح النكاح تفوت باختيارها أو لا باختيارها - قلنا : باختيارها ، ولكن
اختيارها لا يدل على رضاها بالضرر ، لأن رضاها أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه ،
وسكوتهما يحتمل^(١) أنها سكنت تحمراً عن إظهار الرغبة إلى الرجال وحياء عن ما صدر
منها - كما ذكرنا .

وأما الحديث - قلنا : خصت منه الأمة والصبيبة العاقلة والمجنونة ، فتخص هذا .

٣١ - مسألة : أحد الأولياء إذا زوج ولته من غير كفاء برضاها ، يلزم العقد ،
ولا يكون للباقيين حق الاعتراض .

والوجه فيه - أن إنكاح الولي ولته برضاها من غير كفاء دل على تعلق مصلحة
بالنكاح على وجه لا يتم استيفائها إلا به ، فوجب القضاء يلزم العقد ، قياساً على ما
إذا زوجها من كفاء .

وإنما قلنا ذلك - لأن إقدامه على الإنكاح من غير كفاء وجد الصارف عنه ، وهو
لحقوق الضرر بنسبة من لا يكافئهم بالصهرية . وإذا وجد الصارف فالظاهر أنه لا يقدم
عليه إلا لتحصيل مصلحة لا يتم إلا به ، لأن المصلحة لو أمكن استيفائها بدون تحمل
الضرر ، لما تحمل الضرر .

فإن قيل : إقدامه على الإنكاح إن كان يدل على تعلق المصلحة بالنكاح ، فإباء
الباقيين يدل على عدم التعلق ، فوقع التعارض ، فلم يثبت التعلق .

ولئن سلمنا أن إقدامه يدل على تعلق المصلحة ، ولكن مصلحة ترجع إلى المرأة وإلى
هذا الولي أم مصلحة ترجع إلى سائر الأولياء ؟ م ع . ونحن لا نثبت حق الفسخ

(١) في الأصل : « يحتمل يحتمل » أي أن الكلمة مكورة فيه .

لحقها ، بل لحقهم جميعاً . وصار هذا كما إذا زوجت نفسها من غير كفاء ، فإنه يثبت للأولياء حق الفسخ والاعتراض ، لما / ذكرنا - كذلك ههنا . ٢/٢٦

الجواب :

أما إبقاء الباقي فلا يصلح معارضاً ، لأن النفع للمرأة في النكاح أبلغ ، لأن نفعها في النكاح راجع إلى مصلحة البقاء من التوالد والتناسل والسكن والازدواج ، فإن الولد يتعلق به بقاء المرأة^(١) وإنه يحتاج إلى شقيق يقوم بتصرفه لدفع القاصد عنه ، فيحتاج إلى الولد ليدفع الهلاك عنه ، فكانت مصلحة البقاء ومصلحة الأولياء مصلحة زائدة ، فكانت [ست] مصلحة راجحة ، لأن مصلحة البقاء مما لا يختلف أحوال العقلاء فيه ، وهذه المصلحة تختلف باختلاف الناس ، فكان تحمل ضرر الأولياء لدفع هذا الضرر أولى من القلب^(٢) والعكس .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه ، لأن العقد ثابت ، وقد وقع الشك في دفعه ، فلا يرتفع بالشك . بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفاء ، لأن عقلها وحدها دون عقل الرجل ، فإن المصلحة هناك في النكاح وإن كانت مصلحة البقاء ، لكنها عرفت^(٣) برأى النساء دون الرجال ، فيترجح ضرر الأولياء ، أما ههنا [فد] بخلافه^(٤) .

(١) في الأصل كذا : « بها بقا المر » ..

(٢) قلب الشيء قلباً جعل أعلاه أسفله أو يمينه شماله أو باطنه ظاهره .

انظر السمرقندي ، ميزان الأصول ، ٧٧١ - ٧٧٢ ففيه مختصر : « وأما المعارضة التي فيها مناقضة فهي القلب وهو نوعان : أحدهما - أن يجعل العلة معلولاً والمعلول علة كقولنا في الثوب الصغيرة إنه يول على في مالها فيول عليها في نفسها كما في البكر الصغيرة - والثاني أن يكون الوصف شامداً عليك قلبه وجعلته شاهداً لك وكان ظهرك إليك فصار وجهه إليك ... » وانظر في بيان ذلك بالتفصيل : المقدمة (رابعاً) ص ٥٥ .

(٣) في الأصل كذا : « لكنه عرف » .

(٤) في الهامش أمامها كلمة يظهر أنها « قول » فتكون العبارة إذن : « قول بخلافه » .

٣٢ - مسألة : أقرب الألياء إذا غاب غيبة منقطعة ، تثبت للأبعد ولاية الترويج .
والوجه فيه - أن النكاح عقد مصلحة في حقها ، فوجب أن لا يتوقف نفاذه على
حضور الأقرب ، قياساً على الولي الأقرب .

وإنما قلنا إن النكاح عقد مصلحة - لما فيه من مصلحة التوالد وغيره ، فلو توقف
على حضور الأقرب تفوت هذه المصالح ، في هذا الزمان ، عنها ، وإته ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح لو توقف على حضور الأقرب ، تفوت هذه المصالح في
هذا الزمان - قلنا : هذا أولاً يشكل بما إذا نام الأقرب أو أغشى عليه / ، فإنه لا تثبت
الولاية للأبعد ، لما ذكرنا - كذلك ههنا .

ولئن سلمنا أنه تفوت هذه المصالح ، ولكن إلى مصلحة فوقها ، وهو إنكاح
الأقرب ، لما فيه من زيادة النظر .

ولئن سلمنا أن إنكاح الأقرب متعذر ، ولكن متى تفوت هذه المصلحة : إذا أمكن
تحصيلها بغير الأبعد لم إذا لم يمكن ؟ ع م . وقد أمكن تحصيلها بغير الأبعد ، وهو
القاضي ، فلا حاجة إلى الأبعد .

الجواب :

أما إذا نام الأقرب أو أغشى عليه - فنقول : زوال النوم والإغماء غالب ، والانتظار
إلى زوالهما من المخاطب غالب ، أما ههنا [ف] بخلافه .

وأما قوله بأنه يفوت إلى مصلحة فوقها ، وهو إنكاح الأقرب - قلنا : بلى ، ولكن
ضرر فوات الكفاء الحاضر أكثر وأولى بالدفع ، فلا يصلح ذلك معارضاً .

وأما القاضي - قلنا : إقامة الأبعد مقام الأقرب أولى من إقامة القاضي ، لأنه أشفق
وأعلم بمألها .

والله أعلم .

٣٣ - مسألة : المولى يملك إجبار عبده على النكاح .

والوجه فيه - أن ملك العبد إنما شرع للانتفاع به ، فوجب أن يكون بسبيل من استيفائه ، تحصيلاً لمصلحة الانتفاع ، والإنكاح طريق للاستيفاء ، فوجب أن يجوز ، قياساً على إنكاح الأمة .

وإنما قلنا : إن ملك العبد إنما شرع للانتفاع به ، فلمكان المناسبة .

وإنما قلنا : إنه يجب أن يكون بسبيل من استيفائه ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا باستيفائه .

وإنما قلنا إن الإنكاح طريق الاستيفاء ، وذلك لأن الاستيفاء إنما يكون بالصيانة له عن أسباب الهلاك ، لأن الشيء متى صين عن أسباب الهلاك ، يبقى ظاهراً وغالباً . / والنكاح طريق الصيانة عن أسباب الهلاك أو النقصان ، لأن الشهوة المركبة في العبد تدعوه إلى قضاء الشهوة ، فإذا لم يجد الحلال فرمى يقع في الحرام وهو الزنا ، وإنه سبب الهلاك في الدنيا والآخرة أو سبب لنقصان مالية العبد ، لإقامة الحد عليه ، فكان النكاح صائناً له فكان استيفاء .

٢/٢٧

فإن قيل : قولكم بأن الزنا سبب الهلاك أو النقصان - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن زنا العبد لا يوجب الرجم ، بل يوجب نصف جلدات الأحرار ، وهذا لا يهلك العبد ولا ينتقص ماليته ، حتى لو اشترى عبداً فوجده زانياً لم يرد به بالعيب . وكذلك المولى لا يملك إقامة الحد على مملوكه عندكم ، ولو كان الزنا سبب الهلاك لملك صيانةً للملكه .

ولئن سلمنا أن الزنا سبب الهلاك ، ولكن لم قلتم بأن النكاح طريق الصيانة ، وإنما يكون طريق الصيانة إذا أقدم على وطئها ، وأنه قد أقدم على رد هذا النكاح - فدل أنه لا يرضاه فلا يطؤها ، فلا يقع صوتاً له .

ولئن سلمنا أن النكاح طريق الصيانة ، ولكن صيانة الملك أمر شرع النكاح له أم لا ؟ ع م . وهذا لأن النكاح شرع للسكن والازدواج وقضاء الشهوة والتوالد ، لا لتحصين المال ، فلا يثبت ولاية الإنكاح لهذا الغرض .

ولكن سلمنا أنه يجوز إثبات الولاية لتحصيل غرض لم يشرع النكاح له ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن تحصيل هذا الغرض ، وهذا لأن العبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمي . ولهذا لا يملك المولى منعه من الفرائض ، ولو أقر على نفسه بالحدود والقصاص يصح . ولو أقر المولى عليه لا يصح ، والنكاح تصرف يختص بالآدمية لا بالمالية ، ولأن منافع النكاح للعبد / ومضاره عليه ، والمرء لا يتمكن من صيانة ملكه لإثبات الحكم على غير المالك ولغير المالك ، بخلاف إنكاح الأمة ، ولأن الإنكاح يناق مملوكة العبد ، لأن فيه إثبات الولاية للعبد ، وصار هذا كنكاح المكاتب ، فإنه لا يملكه مع ما ذكرتم .

الجواب :

أما قوله بأن زنا العبد لا يوجب الرجم - قلنا : بلى ، ولكن إذا لم يشيع من الحلال يعتاد الزنا ، وإنه عيب ، حتى لو اشترى عبداً فوجده معتادا للزنا ، فله أن يرده بالعيب . وكذا إقامة الحد عيب ، حتى لو اشترى عبداً قد زنى وأقيم عليه الحد ، له أن يرده بالعيب . فثبت أن الزنا سبب لنقصان الملك ، والنكاح طريق للصيانة ، فيملكه المولى .

والإمّا لا يملك إقامة الحد على مملوكه ، لأن شفقتة على ملكه تمنعه من إقامة الحد على وجهه ، أما ههنا بخلافه .

وأما إباء العبد وردة للنكاح - قلنا : الشهوة المركبة فيه تدعوه إلى قضائها خصوصاً إذا وجد بطريق الحلال ، وإبازه يحتمل^(١) أنه أقدم لعدم الموافقة أو لرجاء الوصول إلى امرأة خير منها أو خوفاً من المهر والتنفقة ، والمحتمل لا يعارض المحكم .

قوله : صيانة الملك أمر شرع له النكاح أم لا ؟ قلنا : شرع له نكاح العبيد إن لم يشرع له نكاح الأحرار ، لأنه مناسب ، والشرع ورد به في الأمة ، والغرض من إدخاله تحت ولاية المولى هو صيانة الملك كما في الأمة .

(١) في الأصل : « يحتمل محتمل » .

قوله بأن العبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمي - قلنا : بعض العلماء قالوا : العبد داخل تحت ملك المولى مطلقاً بالنص ، وهو قوله تعالى : ﴿عَبْدًا مَّملُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(١) ولكننا نقول : العبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال ، ولكن لا تحصل المالية إلا بالصيانة ، والنكاح من أسباب الصيانة ، فيتمكن المولى من ذلك ، كما في الأمة .

٢/٢٨

قوله : بأن ملك المحل يفيد^(٢) ولاية الصيانة بتصرف يثبت حكمه للمالك وعليه - قلنا : عنه جوابان - أحدهما - أن ملك المحل يفيد ولاية الصيانة بأي طريق يتمكن منه استيفاء للملكه . والثاني - وهو أن إنكاح العبد يفيد حكماً للمولى وعلى المولى : أما له فصيانة ملكه ، وأما عليه فشغل ربة العبد بالمهر والنفقة .

قوله بأن الملك يفيد تصرفاً يقرر المملوكية ، والإنكاح ينافي مملوكية العبد - قلنا : بلى . وإنه يقرر مملوكية العبد من حيث إنه مجبور في ذلك ، والمولى باشر هذا التصرف من غير رضاه ، صيانة للملكه ، كما في الأمة . والله أعلم .

٣٤ - مسألة : العجز عن الإنفاق لا يوجب حق المطالبة بالتفريق .

والوجه فيه - أن العجز عن الإنفاق لا يخل بالمصالح المطلوبة من النكاح - فلا يوجب حق المطالبة بالتفريق ، قياساً على العجز عن المهر بعد تسليم النفس .

وإنما قلنا ذلك - لأن المصالح المطلوبة من النكاح هي التوالد والتناسل وقضاء الشهوة والسكن والازدواج ، وهذه المصالح لا تختل بالعجز عن الإنفاق ، لأن ذلك يمتنع على إمكان الوطء ، والعجز عن الإنفاق لا يخل بإمكان الوطء .

(١) المحل : ٧٥ - ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ..﴾

(٢) هذه الكلمة غير واضحة هنا وسترد فيما بعد واضحة .

فإن قيل : قولكم بأن المصالح المطلوبة من النكاح هي التوالد وغيره - قلنا : هذه كل المصالح أم بعضها ؟ ع م - وهذا لأن المهر والنفقة مقصود للمرأة من النكاح لحاجتها إليها ، وعجزها عن الكسب ، والعجز يخل بهذا المقصود .

ولئن سلمنا أنها كل المصالح ، ولكن لم قلّم بأنها لا تختل بالعجز ؟ - بيانه : أن هذه المصالح^(١) إما تحصل بالدوام على النكاح والتمكين / من الوطء وذلك بالبقاء ، والبقاء بالنفقة . فإذا عجز عن ذلك يخل البقاء فيختل المقصود .

ولئن سلمنا أن العجز عن الإنفاق لا يخل بهذه المصالح ، ولكن النفقة مستحقة بعقد النكاح بالإجماع ، والعجز عن المستحق يوجب المطالبة بالتفريق .

ولئن سلمنا أن العجز عن الإنفاق لا يخل بالمصالح ولكن^(٢) لم قلّم بأنه لا يثبت حق المطالبة ؟ غاية ما في الباب أن فيه إبطال حق الزواج وإنه ضرر ، ولكن في المنع من الإبطال إضرار بالمرأة^(٣) ، وصار هذا كما إذا عجز المولى عن الإنفاق على عبده الصغير أو أمته : يجبر على البيع . وإن عجز البائع عن تسليم المبيع يثبت للمشتري حق الفسخ . ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ﴾^(٤) وقد تلعب أحدهما فيتمتع الآخر .

الجواب :

قوله : هذه كل المصالح أم بعضها ؟ قلنا : كل المقاصد المطلوبة من النكاح ، لأن المقصود الأصلي بالنكاح مالا وجود للنكاح بدونه ، ولا وجود للنكاح بدون هذه المصالح ، وله وجود بدون النفقة ابتداء وبقاء .

(١) في الأصل كذا : « المصالحه » .

(٢) في الأصل كذا : « ولن » . والصحيح ما أثبتناه في المتن ، استرشاداً بما درج عليه المؤلف في المواضع الأخرى المشابهة .

(٣) في الأصل كذا : « نلره » .

(٤) البقرة : ٢٢٩ - ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ... ﴾

قوله : بأن البقاء بالنفقة - قلنا : بلى ، والقدرة على النفقة حاصلة في الجملة ، لأنه يمكنها أن ترفع الأمر إلى القاضي حتى يفرض النفقة على الزوج أو تستقرض هي عليه ، فيحصل البقاء .

قوله : النفقة مستحقة بعقد النكاح - قلنا : بلى ، ولكن القدرة عليها حاصلة في الجملة ، كما بينا . وإن لم تكن حاصلة في الحال ، فلا توجب إبطال حق الزوج .
قوله بأن ضرر الزوج معارض بضر المرأة - قلنا : لا يعارضه ، لأن ضررها يمكن تداركه في الثاني ، بأن يكتسب الزوج أو يستقرض ، وحق الزوج يفوت أصلاً ، فكان الترجيح لضرر الزوج .

٢/٢٩ وأما نفقة المملوك فلا ترد نقضاً^(١) ، لأن نفقة المملوك لا تصير ديناً في ذمة المالك ، وفي الجبر على البيع تقويت حق المالك إلى عوض - أما ههنا بخلافه :
وأما مسألة الشراء - قلنا : ثم فأت كل المقصود بالعقد وهو المبيع^(٢) - أما ههنا بخلافه ، لما ذكرنا .

وأما النص - قلنا : الجواب عن الاستدلال به من وجهين .

أحدهما - لا نسلم أنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، لأن الإمساك بالمعروف كما يكون بإيقاع حقها في الحال ، يكون بالوعد باللسان كما في الإيلاء^(٣) .

(١) في الهامش وردت كلمة تشبه أن تكون « نقضاً » ولم يشر إلى موضعها . وثوبنا غير ظاهرة - قال الجرجاني في تعريفاته : « النقض لغة هو الكسر ، وفي الاصطلاح هو بيان تخلف الحكم المدعى ثبوته أو نفيه عن دليل الملل الدال عليه في بعض من الصور فإن وقع بمنع شيء من مقدمات الدليل على الإجمال ، سمي « نقضاً إجمالياً » لأن حاصله يرجع إلى منع شيء من مقدمات الدليل على الإجمال . وإن وقع بالمنع المحرد أو مع السند سمي « نقضاً تفصيلاً » لأنه منع مقدمة معينة » وقال أيضاً : « النقض وجود العلة بلا حكم » . وانظر : السمرقدي ، الميزان ، ص ٧٧٠ .

(٢) في الأصل : « البيع » .

(٣) راجع : السمرقدي ، التحفة ، ٢ : ٣٠٥ وما بعدها .

والثاني - سلمنا أنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، ولكن إما يجب عليه التبرع بالإحسان إذا قدر عليه ، ولم يقدر عليه ، لأن التبرع بالإحسان بإيفاء المهر والنفقة ، وهو عاجز عنهما .
والله أعلم .

٣٥ - مسألة : إذا سُئِلَ (١) الزوجان معاً ، لا تقع الفرقة بينهما .

والوجه فيه - أن ملك النكاح لو زال بالسُّبِّي لا يخلو : إما أن يكون الزوال حكماً للسُّبِّي قصداً وابتداءً ، أو بناءً عليه .

لا وجه للأول - لأن الحكم المقصود بالسُّبِّي هو ثبوت الملك للسائي ، لا زوال ملك النكاح .

ولا وجه للثاني - لأن زوال ملك النكاح ليس من لوازم الحكم الأصلي للسُّبِّي ، بدليل أنها لو كانت منكوبة لمسلم أو ذمي لا يزول ملك النكاح .

فإن قيل : قولكم إن ملك النكاح لو زال بالسُّبِّي لا يخلو : إما أن يزول حكماً للسُّبِّي قصداً وابتداءً ، أو بناء - قلنا : لم قلتم بأنه لا يزول حكماً للسُّبِّي قصداً ؟ وهذا لأن السُّبِّي ينبيء عن الأسر والافتراق ، وذلك ينبيء عن الضعف والعجز ، وملك النكاح عبارة عن القدرة والقوة ، فإثبات الضعف يكون مقتضى السُّبِّي مقصوداً .

ولئن سلمنا أن ملك النكاح لا يزول بالسُّبِّي قصداً وابتداءً - [ف] لم قلتم بأنه لا يزول بناء ؟ .

قوله : ليس ذلك من لوازمه - قلنا : لا نسلم .

وأما ما ذكر من نكاح المسلم والذمي / - قلنا : امتنع ثبوته ثمة مانع ، وهو عصمة ملك المسلم والذمي ، أما ههنا بخلافه .

(١) السُّبِّي والسَّبَاء الأسر وقد سيئتُ العدو أسرتُه - مختار الصحاح .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٦)

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن ملك الكاح لا يزول ، ولكن هنا دليل آخر يأتى ذلك ، وذلك لأن ملك الرقية ثبت بالسي ، ومن لوازم ملك الرقية ولاية الإنكاح من شاء ، ولا يملك ذلك إلا بزوال ملك النكاح . ولأن ملك الرقية علة لملك المتعة . وإذا ثبت ملك المتعة للسائى يزول ملك الزوج ، لاستحالة ثبوته للشخصين فى حالة واحدة ، وصار كما إذا سببت المرأة وحدها ، وكما لو سبى منكوبة نفسه ، فإنه يزول ملك النكاح .

ثم هذا معارض بما روى أبو سعيد الخدرى قال : لما سئى رسول الله ﷺ أهل أوطاس قلنا : يا رسول الله كيف نقع على نساء قد عرفنا أنسابهن وأزواجهن ؟ فنزل قوله تعالى : ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ^(١) وكان فى سئى أوطاس ^(٢) خلق وقع السبي عليهم مع نسائهم ونادى نادى رسول الله ﷺ : « ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل » ^(٣) حتى تمحيض - فأباح وطأهن بعد الاستبراء لانفساخ نكاحهن .

الجواب :

قوله بأن السبي ينهى عن الأسر والاسترقاق - قلنا : بلى ، ولكن بطريق الضرورة ، لأن الدليل ينفى الاسترقاق ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، والضرورة فى حق ثبوت الملك لا فى غيره .

(١) النساء : ٢٣ - ٢٤ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ... والمحصنات من النساء إلا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كَتَبَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَنْكِحُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ الخ ﴾ .

(٢ - ٣) عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين جيشاً إلى أوطاس فلقوا عدوهم فقاتلوهم فظهروا عليهم وأصابوا لهم سبائاً - انظر الشوكانى ، فتح القدير ، ١ : ٤٥٤ فى تفسير قوله تعالى : ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ - الآية ﴾ . وابن حجر ، بلوغ المرام ، رقم ٩٥٩ ص ١٧٣ - ١٧٤ . والصنعانى ، سبل السلام ، رقم ١٠٥٤ ص ١١٤٥ - ١١٤٧ . وفيه أن أوطاس اسم فى ديار هوارن وهو موضع حرب حنين . وقيل : وادى أوطاس غير وادى حنين . والحائل كل أنشئ لا تحيل - المعجم الوسيط .

وأما قوله : لم يزول بناء - قلنا : لما ذكرنا من الحكم .

قوله : امتنع ثبوته ثمة المانع وهو العصمة - قلنا : ملك نكاح المسلم وإن كان معصوماً ، ولكنه يقبل الزوال بأسباب نحو الطلاق وغيره . فلو كان زوال ملك النكاح من لوازم حكم السبي ، لزال وما صار [ت] عصمة الزوج مانعة - ألا ترى أن ملك المسلم في العبد المشترك معصوم ، ومع هذا يزول بإعتاق / الشريك^(١) ، ومعنى لم يزول علم أنه ليس من لوازمه .

قوله : من لوازم ملك الرقية ولاية الإنكاح - قلنا : ولاية الإنكاح إنما تثبت صيانة للملك على ما مر ، ولا حاجة ههنا إلى الصيانة ، لكونه مصوناً بالنكاح .

قوله : ملك الرقية علة للملك للمتع - قلنا : نعم إذا كان المحل قابلاً ، أما^(٢) إذا لم يكن قابلاً فلا - ألا ترى أن ملك الرقية ثابت في العبد ، ولا يثبت ملك المتعة . وكذا لو اشترى منكوحة غيره من مولاها ، يثبت ملك الرقية ولا يثبت ملك المتعة لقيام المانع - كذا ههنا .

وأما إذا سببت المرأة وحدها ، تقع الفرقة بتباين الدارين ، ويخرج النكاح من أن يكون مفيداً .

(١) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣٨٨ - ٣٩٠ : « .. الإعتاق بين الشريكين أو الشركاء . والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله . وعن أبي يوسف ومحمد : لا يتجزأ . وقال الشافعي : في حالة اليسار لا يتجزأ وفي حالة الإعصار يتجزأ . فيخرج المسائل على هذا :

— إذا أعتق الرجل عبداً بنه وبين شريكه : عتق نصيبه لا غير ، سواء كان موسراً أو معسراً ، ولشريك المعتق خمس خيارات : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء دبره ، وإن شاء كاتبه ، وإن شاء استعماه . وإن شاء ضمن المعتق إن كان موسراً ...

وقال الشافعي : إن كان للمعتق موسراً : يعتق كله وله أن يضمه . وإن كان معسراً : يعتق ما أعتق ويبقى الباقي رقيقاً . ويحوز فيه جميع التصرفات المذلة للملك في نصيبه » .

(٢) في الأصل : « أم » .

وأما إذا سعى منكوحته [ف د] إنما يرتفع النكاح ، لأن بين ملك النكاح وملك العيّن لشخص واحد تنافى في الأحكام ، لا بعلة السبى - دل عليه أنه لو اشترى منكوحته نفسه تقع الفقرة ، ولو اشترى الزوجين معاً لا تقع الفقرة ، لما ذكرنا - كذا هنا .
وأما الآية - [ف د] عام خص منها البعض ، وهو ما إذا سببت وزوجها مسلم أو ذمى ، وسبايا أوطاس سبين وحدهن^(١) ، لأن الرجال كانوا خرجوا للقتال وخلفوا النساء والذراري في الحصن ، فانهزم المحاربون واستولى رسول الله ﷺ على الحصن .

٣٦ - مسألة : المنكوح لا ترد بالعيوب الخمسة وهي الرئق^(٢) والقرن^(٣) والبرص^(٤) والجذام^(٥) والجنون .

والوجه فيه - أن حق الرد وإعادة المهر إلى ملك الزوج لو ثبت لا يخلو : إما^(٦) أن يثبت ابتداء أو بناء على استدراك الخلل المتمكن في المستحق بهذا العقد عوضاً عن المهر .

لا وجه للأول - لأن فيه إبطال حق المرأة عن المهر وإنه ضرر بها .

ولا وجه للثاني - لأن سلامة العوض تقف على إمكان استيفاء العوض ، لا على استيفاء حقيقته ، لأن ذلك يتعلق باختيار العاقد وقد يختار وقد لا / يختار ، كما في البيع ١/٣١

(١) في الأصل : « وحدها » - راجع فيما تقدم الماش ٢ - ٣ ص ٨٢ .

(٢) رَقِيَ الشيءُ انسَدَ والتَّامُ والمرأة رَثَاءُ انسَدَتْ فلا تُؤَقُّ (المعجم الوسيط) - إذا لم يكن لها عرق إلا المبال (المغرب) .

(٣) القرن في الفرج مانع مجمع من سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحم مؤنثة أو عظم وامرأة قرناء بها ذلك (المغرب) .

(٤) البرص بياض يقع في الخسد لعله - المعجم الوسيط .

(٥) الخذام علة تتأكل منها الأعضاء وتنساقط - المعجم الوسيط (واطر السمرقدي ، النبعة ، ٢ : ٣٣٥ وما بعدها) .

(٦) في الأصل : « إما إما » .

وسائر المعاوضات ، وإمكان الاستيفاء ثابته هنا ، لإمكان الوطء في بعضها بغير واسطة ، وفي بعضها بواسطة إزالة المانع ، فوجب أن لا يثبت حق الرد ، قياساً على الجرباء والشوهاء والعجوز التي لا تشتبي .

فإن قيل : قولكم بأن في الرد إبطال حق المرأة ، وإنه إضرار بها - قلنا : لا نسلم ، بل هو دفع الضرر عنها ، لأن النكاح تصرف إضرار بها ، لما فيه من إثبات الملك والرق عليها ، إلا إذا كان وسيلة إلى المصالح المطلوبة من النكاح ، فإذا اختلت المصالح لمكان النفرة ، بقي ضرراً وكان الفسخ دفعاً للضرر عنها .

ولئن سلمنا أن فوات ملكها في المهر ضرر بها ، ولكن إلى عوض وهو ملك نفسها ، فلا يكون ضرراً .

ولئن سلمنا أن حق الرد والفسخ لا يثبت ابتداء ، فلم قلتم بأنه لا يثبت ناء ؟ .

قوله : بأن المستحق ملك الوطء - قلنا : لا نسلم ، بل المستحق ملك منافع بعضها ، ولا يمكن الاستمتاع واستيفاء المنافع لمكان العيوب المنفرة له .

ولئن سلمنا أن هذه العيوب لا تغل بإمكان الوطء والاستمتاع ، ولكن لم قلتم بأنها لا تغل بالمصالح المطلوبة من النكاح ؟ - وهذا لأن هذه العيوب تمنع كون النكاح وسيلة إلى المقاصد المطلوبة ، لأن بعضها مانع من حقيقة الوطء حساً وبعضها طبعاً ، فصار كما إذا وجدت المرأة زوجها عتيماً أو مجبواً ، فإنها تمكّن من الفسخ ، وإن كان لا يتمتع كل المقاصد لقيام السكن والازدواج واحتمال إمكان^(١) الوطء ، وصار كما إذا وجدت بالمهر عيباً : يثبت لها حق الرد - فكذا إذا وجد الزوج بها عيباً ، تسوية بين العوضين .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « فر من المجذوم فرارك من الأسد » . وما روى أنه عليه السلام تزوج امرأة فوجد على كشحها يياض فردها^(٢) .

(١) في الفاش هذه الكلمة وتشبه أن تكون « مكان » وهي غير ظاهرة .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ٨٦١ ص ١٥٥ : « وعن زيد بن كعب بن عُبَيرة عن أبيه رضي الله عنه قال : تزوج رسول الله ﷺ امرأة من بني عفار ، فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رأى =

الجواب :

أما قوله بأن الفسخ دافع الضرر عنها - قلنا : إن كان الضرر ضرر ملك النكاح ، فهذا / الضرر يدفع عنها بدون إزالة ملكها عن المهر ، بأن يطلقها ، فلا حاجة إلى تحمل هذا الضرر . ٢/٣١

قوله : يفوت حقها إلى عوض - قلنا : إنما يخرج عن أن يكون ضرراً إذا كان عوضاً ترتضيه ، وهي لا ترضى ، فيكون ضرراً .

قوله : بأن المستحق منافع بضعها - قلنا : المستحق هو الوطء وإنه ممكن ، إما بغير واسطة أو بواسطة ، وذلك يكفي للقدرة على الاستيفاء ، كما إذا كانت صغيرة أو مريضة ، لا يثبت له حق الرد - كذا ههنا .

وأما المانع الطبيعي ، [فـ] لا أثر له في العجز ، بل أثره في الامتناع مع قدرته واختياره ، وهذا لا يوجب حق الرد ، كما إذا وجدها شوهاء أو عجوزة لا تشتهي .

وأما المرأة إذا وجدت زوجها محبوباً أو عتيماً ، إنما يثبت حق التفريق لوقوع الخلل في المستحق بالعقد ، لأن إمكان الوطء ليس ثابتاً : أما في المحبوب فظاهر ، وفي العتيم يؤجل سنة وبعد السنة يثبت حق التفريق ، لمكان العجز عن الوطء ، أما ههنا بخلافه .

وأما المرأة إذا وجدت بالمهر عيباً إنما يثبت لها حق الرد ، لتمكن الخلل في المستحق ، لأن المستحق في جانب المهر المالية ، وهي تختل بالعيب ، أما ههنا بخلافه .

وأما الحديث - قلنا : هذا أمر إباحة لا أمر نذب وإيجاب ، فلا يوجب الرد .

وأما الحديث الثاني - قلنا : يحتمل أنه ردها بطريق الفسخ ، ويحتمل أنه ردها بطريق الطلاق ، فلا يكون حجة .

= بكتّجها (ما بين الخاصرة إلى الضلع) بياضاً فقال : « البسى ثيابك والحقى بأهلك » وأمر لها بالصدّاق . رواه الحاكم وفي إسناده جميل بن زيد وهو مجهول واختلف عليه في شيخه ، اختلافاً كثيراً - ولعل الأيسر في المتن أن يقال : « فَوَحَّدَ عَلَى كَتْبِهَا بِيَاضاً » .

٣٧ - مسألة : طَوَّلُ (١) الحرة لا يمنع نكاح الأمة ، خلافاً له (٢) .

وأجمعوا على أن نكاح الأمة لا يمنع نكاح الحرة . وأجمعوا على أن نكاح الحرة يمنع نكاح الأمة (٣) .

والوجه فيه - أن العجز عن مهر الحرة لا يقف عليه ركن نكاح الأمة ، ولا استيفاء (٤) المصلحة المطلوبة من نكاح الأمة ، فلا يقف عليه صحة نكاح الأمة ، قياساً على نكاح الحرة .

وإنما قلنا ذلك - لأن ركن النكاح قولهما « زوجت - وتزوجت » وهذا لا يقف على العجز / عن مهر الحرة ، والمصلحة المطلوبة من نكاح الأمة هي السكن والازدواج والتوالد ١/٣٢ والتناسل وقضاء الشهوة ، ولا يقف ذلك أيضاً على العجز عن نكاح الحرة ، فلو توقف عليه صحة نكاح الأمة يؤدي إلى المنع من تحصيل هذه المقاصد فيكون ضرراً .

فإن قيل : قولكم بأن ركن النكاح قولهما « زوجت - وتزوجت » - قلنا : [هل] ركن النكاح مجرد هذه الصيغة أم إذا وقعت مقتضية للحل ؟ ع (٥) ولا يمكن دعواه لأن هذه الصيغة إذا وجدت من الطفل والمختون لا يكون نكاحاً م (٦) .

(١) الطول اليسر والسعة - قال تعالى : ﴿ ومن لم يستطع منكم طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمَنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ... ﴾ النساء : ٣٥ - أى من لم يكن له سعة أن ينكح الحريرات فليكن من إماء المؤمنين يعنى عفاف غير زواني في سر ولا علانية .. إلخ (الشوكاني ، فتح القدير ، ١ : ٤٥٥) .

(٢) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ١٩٠ : « إذا كان قادراً على مهر الحرة ونفقتها ، حار له أن يتزوج الأمة عندنا . وعند الشافعي لا ضور » .

(٣) انظر المرجع السابق ، ٢ : ١٨٩ - ١٩٠ .

(٤) في الأصل : كنا : « استقاً » - انظر العبارة التالية .

(٥) في الهامش : علامة « العين » معناه : والأول مجموع .

(٦) في الهامش ، علامة « الميم » معناه : ونحن سلمنا .

ولكن لم قلتم بأن وقوعها ، مقتضياً للحل في الأمة ، لا يقف على العجز عن طول
الحرّة ؟ .

بيانه - وهو أن هذه الصيغة إما تقع مقتضية للحل في محل قابل ، والكلام فيه في
هذه الحالة . وهذا لأن الدليل ينهي كونها محلاً للنكاح في حق الحر في جميع الأحوال ،
لأن التزويج يقضى^(١) [ب] التساوي بين الزوجين ، كزواج الباب وزوجي الخف
والمقراض^(٢) ، ولا مساواة بينهما لمكان الحصة في الإناء ونقصان معنى الآدمية
والالتحاق بالبهائم في التعرض للبيع والشرء وجعل الولد مملوكاً للغير ، إلا أننا توافقنا على
جعلها محلاً عند عدم طول الحرّة ، ضرورة صيانة النفس عن الزنا ، فقيمها عداه نتمسك
بقضية الدليل .

ولئن سلمنا أنه لا يقف عليه ركن النكاح على العجز - ولكن لم قلتم بأنه لا يقف
عليه استيفاء^(٣) هذه المصالح ، وبيان أنه يقف ، لأن معظم المصالح إنما هو الولد ،
والولد من الأمة يكون مرقوقاً ، والمرقوق ملحق بالبهائم .

ولئن سلمنا أن العجز لا يقف عليه ركن النكاح ولا استيفاء^(٤) المصالح ، ولكن لم
لا يقف عليه جواز النكاح . وظاهر أنه يقف ، لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ
طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمَنَاتِ فَمِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ﴾^(٥) -
والمفهوم من مثل هذا^(٦) الكلام الخَلْفِيَّة^(٧) ، كما في قوله تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً

٢/٣٢

(١) في المعجم الوسيط : قضى عليه وقضى له وقضى بكذا - وفي الماش عبارة غير مقرّرة .

(٢) المقراض المقص وهو ما يقرض به التوب أو غيره . وهما مقراضان . والجمع مقراض -
المعجم الوسيط .

(٣ - ٤) في الأصل كذا : « استيقا » .

(٥) النساء : ٢٥ - وراجع فيما تقدم الماش ١ ص ٨٧ .

(٦) في الأصل كذا : « هذ » .

(٧) الطاهر أن المقصود الخلافة أي جاء بعده هصار مكانه - المعجم الوسيط .

فَتَيْمُّوا صَعِيداً طَيِّباً ﴿١١﴾ فلا يجوز حَسَفَ مع القدرة على الأصل هـ .

الجواب :

قوله بأن هذه الصيغة إنما تكون ركناً للنكاح إذا أضيف إلى محل قال - قلنا : بلى ، والأمة محل قابل للنكاح ، لما ذكرنا من صلاحية التوالد والتناسل وغيرها .

قوله : بأن التزويج يقتضى التساوى - قلنا : التساوى ثابت بينهما فيما يرجع إلى الأحكام المطلوبة من النكاح ، والتفاوت في شرف الحرية لا يمنع ذلك .

وأما إرقاق الولد - قلنا : ذلك لا يمنع الجواز ، لأنه يختلف باختلاف الأشخاص . والدليل عليه حالة عدم طَوْل الحرية .

ومنه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما النص - قلنا : الجواب عنه أن هذا لا يقتضى توقيف نكاح الأمة على عدم طَوْل الحرية أصلاً ، فإن هذا تعليق الحكم بالشرط ، وإنه لا يقتضى عدمه عند عدم الشرط . وفيما ذكر من النظر ما علم^(٢) استباحة الثانى بنفى الأول بقضية التعليق بل بدليل آخر .

قوله - بأن نكاح الأمة خلف عن نكاح الحرية - قلنا : لا نسلم : وظاهر أنه ليس بخلف ، بدليل أنه يجوز الجمع بينهما ، بأن تزوج حرة على أمة ، بالإجماع ، والجمع بين الأصل والخلف لا يجوز أصلاً ورأساً .

٣٨ - مسألة : النكاح ينمقد بلفظ البيع والهبة .

والوجه فيه - أنه قصد إثبات ملك النكاح بلفظة صالحة للإثبات ، فوجب أن يجوز ، قياساً على لفظة التزويج .

(١) النساء : ٤٣ . المائدة : ٦٦ .

(٢) فى الماشى : « وهو قوله تعالى ... » والعبارة التالية غير مقروية . ولعله يقصد الآية

التقدمة فى الماشى ١ ص ٨٧ .

وإنما قلنا ذلك ، لأن لفظة البيع والهبة يصلح مجازاً عن إثبات ملك النكاح لوجود طريق المجاز ، وهو السببية والمسببية ، لأن البيع سبب لملك الرقبة في الحاربة ، وملك الرقبة سبب لملك المتعة ، وقد دل الدليل على إرادة المجاز ، وهي المواضعة^(١) في الخطبة وغيرها .

١/٣٣ فإن قيل : قولكم بأن لفظ البيع يصلح مجازاً عن إثبات / ملك النكاح - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن النكاح والتزويج يتبعان غن الضم والتلفيق والبيع والهبة لا يصلح مجازاً عنه^(٢) .

ولئن سلمنا^(٣) ، ولكن لا نسلم أن ملك الرقبة سبب لملك المتعة ، وهذا لأن ملك الرقبة ثابت في البيعة والغلام ، فلو كان سبباً له لما تحلف عنه حكمه .

ولئن سلمنا أن ملك الرقبة سبب لملك المتعة ، ولكن ملك المتعة الثابت بالبيع ليس من جنس ملك المتعة الثابت بالنكاح ، لتفاوت أحكامهما ، فلا يجمل مجازاً عنه .

ولئن سلمنا أنه من جنسه ، ولكن متى يجمل مجازاً عنه : إذا اختلفا في الأحكام أم إذا لم يختلفا ؟ ع م .

بيانه - أنا أجمعنا على أن النكاح لا يعتقد بلفظ الإعارة والإجارة والإباحة ، مع أن الإجارة والإعارة للملك المنفعة وفي النكاح ملك المنفعة ، ولكن لما اختلفا في أحكام آخر لم يجمل مجازاً عنه ، كذا هما .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه صلح مجازاً ، ولكن ههنا دليل آخر يأتي ذلك ، وهو أن لفظة البيع والهبة مما يقع به الطلاق ، فإنه لو قال لامرأته : بعت نفسك منك أو هبت نفسك منك ، ونوى الطلاق ، يقع ، وإذا وقع به الطلاق لا يقع به النكاح .

(١) في المعجم الوسيط : واضح الرجل مواضعة ووضاعاً وافقه في الأمر وواضع فلاناً الرأي أطلعه هو على رأيه وأثلّمه الآخر على رأيه .

(٢) في الهامش : عن الضم والتلفيق . (٣) « ولئن سلمنا » وردت في الهامش .

ولئن سلمنا أن السببية طريق المحار ، ولكن في موضع وجود السبب ، وحقيقة البيع والهبة لا يتصور في الحرية ، فلا يجوز استعمالهما فيها بطريق المجاز .
الجواب :

قوله بأن النكاح ينشأ عن الضم - قلنا : الحكم الأصلي في النكاح ومعظم المطلوب منه هو ملك المتعة^(١) والوطء ، وما سواه تبع .

قوله : لم قلتم بأن ملك الرقية سبب للملك المانعة - قلنا : لأنه يلازمه^(٢) في محل يقبله ، والملازمة دليل السببية ، وعدم الملازمة في حل غير قابل لا يمنع كونه سبباً - ألا ترى أن البيع والهبة سبب لولاية الإعاق بواسطة ملك الرقية في العبد والأمة ، وليس بسبب له في الثوب والداية ، ولا يوجب قصورا فيهما .

قوله : ملك المنفعة الثابت بالبيع ليس من جنس ملك المتعة^(٣) / الثابت بالنكاح ٢/٣٣ - قلنا : ملك المتعة^(٤) عبارة عن معنى شرعى يقتضي حل الاستمتاع والوطء ، وهذا لا يختلف في ذاته باختلاف الأسباب والأحكام .

وأما لفظة الإجارة والإعارة ، فممنوع على رواية الكرخي^(٥) . ولئن سلمنا ،

(١) في الأصل كذا : « المنعة » فقد تكون « الفاء » غائية فتعطف « المنفعة » . وانظر فيما على الهامش ٣ و ٤ و ٥ .

(٢) « لأنه يلازمه » غير واضحة في الأصل .

(٣) قد تكون « ملك المنفعة » وراجع فيما تقدم الهامش ١ وفيما على الهامش ٤ و ٥ .

(٤) قد تكون « المنفعة » وسياق فيما بعد التعبير بملك المنعة وأن المقود عليه منافع البضغ - راجع فيما تقدم الهامش ١ و ٣ .

(٥) قال في التحفة ، ٢ ، ١٧٦ - ١٧٧ : « وعند أصحابنا لا يتعقد النكاح ، إلا بلفظ موضوع للتصديق . ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم : لا يتعقد إلا بلفظ موضوع لتلك الأعيان كالبيع والهبة - ولا يتعقد بلفظ موضوع لتلك المنافع كالإجارة والإعارة . وقال الكرخي : يتعقد =

فالجواب عنه أنها ليست بسبب للملك المتعة^(١) في موضع ما ، فلا يجعل مجازاً عنه .

قوله بأن البيع والهبة يقع بهما الفرقة - قلنا : بلى ، ولكن اللفظة جاز أن تعمل في إثبات الملك في حالة بطريق ، وتعمل في إزالة الملك في حالة أخرى بطريق آخر ، كما في ملك العيون : فإن لفظ البيع والهبة يثبت بهما ملك العيون وقد يزول بهما ملك العيون ، بأن قال لهبه : وهبت نفسك منك أو بهت .

قوله : السببية طريق المجاز في موضع وجود السبب - قلنا : لو فرضنا الكلام في الأمة بأن قال : وهبت أمتي على صداق كذا ونوى النكاح يندفع السؤال .
والله أعلم .

٣٩ - مسألة : نكاح الأخت في عدة الأنثى عن طلاق بائن لا يجوز .

والوجه فيه - أن نكاح الأولى قائم من وجه ، فلا يجوز نكاح الثانية ، قياساً على ما بعد الطلاق الرجعي .

وإنما قلنا ذلك - لأن بعض أحكام النكاح قائم ، وهو المنع من الخروج والبروز ه والتزوج بزواج آخر . وإذا كان نكاح الأولى قائم من وجه ، كانت العلة قائمة من وجه ، والحكم إذا ثبت بعلة لا يزول إلا بزوال تلك العلة احتياطاً .

= بلفظ وضع للتملك مطلقاً ، سواء كان تملك الأعيان أو تملك المنافع حتى ينقصد لفظ الإجارة والإعارة عنده . والكرخي هو عبيد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخي . ولد سنة ٢٦٠ هـ ومات سنة ٣٤٠ هـ وهو منسوب إلى قرية « كرخ » بنواحي العراق . سكن بغداد . وأخذ الفقه عن أبي سعيد اليربوعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن حماد عن أبي حنيفة وثقه عليه أبو بكر الرازي أحمد الجصاص وأبو علي أحمد بن محمد الشافعي الفقيه وأبو حامد أحمد الطبري وأبو القاسم علي التنوخي وأبو الحسين القدوري . وله « المختصر » و « شرح الجامع الصغير » .
و « شرح الجامع الكبير » محمد (اللكنوي) الفوائد ، ص ١٠٨ ، ١٠٩ .

(١) راجع فيما تقدم الماش ٤ ص ٩١ .

فإن قيل : قولكم بأن بعض أحكام النكاح قائم ، وهو المنع من الخروج والبروز والتزوج - قلنا : لا نسلم بأنها من أحكام النكاح - بيانه : وهو أن هذه الأحكام بعد الطلاق غيرها قبل الطلاق ، لأن الثابت قبل الطلاق كان يحال يسقط بإسقاط الزوج ، وشرع وسيلة إلى استيفاء الوطء ، وبعد الطلاق لا يسقط بإسقاطه ، ولا يكون وسيلة إلى الوطء ، فعلم أن الثابت قبل الطلاق قد زال بالطلاق ، وثبت بعد ذلك حقاً للشرع ، فلا يكون حكماً للنكاح .

ولكن سلمنا أنها أحكام النكاح ، ولكن بقاء الحكم لا يدل على بقاء السبب .

ولئن سلمنا أن بقاء / الحكم يدل على بقاء النكاح ، ولكن القاطع للنكاح وهو ١/٣٤ الطلاق الثلاث يوجب انقطاع النكاح من كل وجه ، لأن بقاء الشيء مع القاطع وفي غير محله ، محال .

والدليل على أن النكاح ليس بقاء من وجه ولا من كل وجه ، أنه لو وطئها في هذه الحالة يجب عليه الحد ، فلو كان النكاح قائماً من وجه لأُثِرَت شبهة .

الجواب :

قوله : الثالث بعد الطلاق غير الثابت قبله - قلنا : لا نسلم بل عينه ، لأنه شرع لما شرع له الثابت قبله ، وهو وثوق الزوج بالولد لو حصل .

قوله : الثابت بعد الطلاق ليس بحق الزوج - قلنا : ليس كذلك ، بل هو حقه ، وهو عين ذلك ، إلا أنه لا يسقط بإسقاطه ، لتعلق حق الشرع به .

قوله : بقاء الحكم لا يدل على بقاء السبب - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن بقاء الحكم ههنا ثبت مع النافي ، فلو لا السبب لما بقى الحكم عملاً بالنافي .

قوله : القاطع للنكاح والمبطل للمحلية قد وجد - قلنا : نعم ، ولكن لم يحصل الانقطاع والبطالان في الحال ، بل أخر الشرع عمل الطلاق فيه إلى وقت انقضاء العدة .

وأما فصل وجوب الحد - قلنا : بعض المشايخ منعوا ذلك . والصحيح هو التسليم ، ولكن وجوب الحد يفترق إلى حرمة الوطء بصفة التحض ، وذلك يقف على ارتفاع النكاح في حق حل الوطء من كل وجه ، والنكاح ههنا قد ارتفع في حق حل الوطء من كل وجه . أما بقى في حق أحكام آخر - على ما ذكرنا .

٤٠ - مسألة : إذا تزوج امرأة ولم يسم لها مهرًا أو على أن لا مهر لها - يصح النكاح ، ويجب مهر المثل بنفس العقد ، ويتأكد بالخلوة أو الدخول أو الموت . فلو طلقها قبل الدخول ، تحب المتعة دون المهر .

وقال الشافعي : يصح النكاح ولا يجب المهر بنفس العقد ، حتى لا يطالب به ، ولا تملك المرأة حبس نفسها ، ولا يورث بموتها ، ولا يصير ديناً في تركه الزوج بموته ، ولا يثبت لها / حق المطالبة بالفرض في أحد قوليه . وفي أظهر قوليه يثبت لها حق المطالبة بالفرض . فإن دخل بها : يجب مهر المثل في قول ، وفي قول لا يجب . ٢/٣٤

والوجه فيه - أن النكاح لم يشرع إلا معاوضة البضع بالمهر وقد انعقد ، وأفاد الملك في أحد العوضين وهو البضع ، فوجب أن يفيد في العوض الآخر ضرورة .

وإنما قلنا ذلك - لأن في النكاح رقاً وملكاً عليها ، والحرية تنافيه ، إلا أنا توافقنا على تحمل هذا الناق إذا كان العوض مالاً خطراً^(١) ، ففيما وراءه يتمسك بالدليل الناق .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح لم يشرع إلا معاوضة - قلنا : لا نسلم بأن النكاح عقد معاوضة ، بل النكاح ضم والتزويج تلقيق^(٢) . ولئن سلمنا أن النكاح معاوضة ، ولكن معاوضة النفس بالنفس ، لا معاوضة البضع بالمهر .

(١) في المعجم الوسيط : الخطر العوض والنصيب والمثل في الشرف والرفعة وفي حديث عمر في قصة وادي القرى : « وكان لثمان فيه خطر ولعمد الرحمن خطر » .

(٢) لَفَّقَ وَلَفَّقَ الشفتين ضم إحداهما إلى الأخرى . ومنه أخذ التلقيق في المسائل - المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أن قضيته ما ذكرتم : وجوب المهر ، ولكن المرأة هل تتمكن من استيفاء هذا المستحق بالعقد ، أو [أنه] سقط ، كما ^(١) وجب ، إذا رضيت بالنكاح بدون المهر - وهذا لأنها إذا رضيت بالنكاح بدون المهر صريحاً فقد رضيت بإسقاط حقها ، كما إذا أسقطت : لا تتمكن من الاستيفاء - كذا هنا .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى وجوب المهر ، ولكن ههنا دليل آخر يأتى ذلك ، وذلك :

- أنا أجمعنا على أنه لو طلقها قبل الدخول بها في صورة النزاع لا يجب نصف مهر النثل . فلو كان واجباً بنفس العقد لوجب نصف المهر كما في المفروض .

- وكذلك لو ماتا معا ، ليس لورثة المرأة ولاية مطالبة ورثة الزوج بالمهر .

ومنها - المولى إذا تزوج أمته من عبده ، لا يجب المهر . فلو كان المهر ركناً أصلياً للعقد لوجب .

ومنها - أن الذمى إذا تزوج ذمية بدون المهر لا يجب المهر .

(١) في الأصل : « كما » أو « لما » على ما يظهر - والمعنى واضح وإن كانت العبارة غير سليمة . وسلاسة اللفظ سهولته وروحه وانسجامه - المعجم الوسيط . قال في التحفة ، ٢ : ١٩٩ - ٢٠٠ : « إن المهر شرط حواز النكاح - حتى لا يجوز النكاح بدون مهر . حتى إن من تزوج امرأة بعمر مهر أو بشرط أن لا مهر لها ، وأجازت المرأة ، فإن النكاح يعقد ويجب مهر المثل عند أصحابنا . وعند الشافعي : النكاح جائز بغير مهر » . وقال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم في كتابه ، أحكام الأحوال الشخصية ، ص ١٩٢٥ ، ج ١ ، ص ١٠٨ السند ١٦٢ : « ... ويتفرع على ذلك أنها لو تزوجت بدون مهر أو نفت المهر فلها لا تملك ذلك ، لأنها إنما تملك إسقاط حقها فقط وأما حق الله وحق الألباء فلا تملك إسقاط شئ منهما ، ولكنها لو أبرأت الزوج من المهر كله أو بعضه بعد تفرقه في ذمته بالعقد الصحيح أو بالوطء جاز لها ذلك ، لأنه أصبح حائلاً حقها » . وكذا أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، قسم الزواج ، السند ١٥١ ص ١٨٠ . وظاهر ذلك أنها تستحق استيفاء المستحق ، بالعقد ، ما لم تسقطه بعد العقد .

الحوار :

قوله : لم قلتُ بأن هذا عقد معاوضة ، بل هو ضم وزدواج - قلنا : لأن الحكم الأصلي لهذا العقد ملك المتعة وثبوت الانضمام بناء عليه ، فيجب أن يكون مقابلاً بالمهر تحقيقاً للمعاوضة .

١/٣٥ / قوله : إنه معاوضة النفس بالنفس - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه ليس كذلك ، لأنه لو كان كذلك ، لكان الملك لها ثابتاً في نفس الزوج ، ولم يثبت بالإجماع .

قوله : لم قلتُ بأنها تتمكن من الاستيفاء - قلنا : لأنه متى وجب ولم يوجد المسقط بعد الوجوب ، كان بسبيل من الاستيفاء ضرورة^(١) .

قوله : بأنها رضيت بالسقوط - قلنا : لا نسلم ، فإن السقوط يكون بعد الوجوب ، وإنها منعت الوجوب ابتداء ، وإذا لا يدل على الرضا بالسقوط ، لأن الوجوب ليس بحق لها ، بل حق الشرع^(٢) .

أما إذا طلقها قبل الدخول بها - قلنا : ع جوابان : أحدهما - أن بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه إليها سالماً ، وهذا يقتضي سقوط الكل كالمبيع . والثاني - أن نصف مهر المثل واجب ثمة ، إلا أنا قدرنا ذلك بالمتعة .

فأما إذا مات الزوجان : فعند أبي يوسف ومحمد يستوفى مهر المثل . وعند أبي حنيفة لا يستوفى لوجهين : أحدهما - أن موتها غالباً يكون بعد موت أقرانها فتعذر تقدير مهر مثلها . والثاني - أن الغالب هو الاستيفاء في حالة الحياة .

وأما إذا زوج أمته من عبده - اختلف المشايخ فيه : والصحيح أنه يجب حقاً لله ثم يسقط لعدم الفائدة في البقاء .

وأما الذمى إذا تزوج ذمية : [ف] عندهما يجب مهر المثل . وعند أبي حنيفة : إذا اعتقدا ذلك لا يجب ، لأننا أمرنا أن نتركهم وما يدينون .

٤١ - مسألة : الخلوۃ الصحيحة بحكم النكاح الصحيح توجب كمال المهر ،
خلافاً له^(١) .

والوجه فيه - أن المعقود عليه نفس^(٢) المرأة ، وقد سلمتها إلى العاقد ، فوجب أن
يجب العوض ، قياساً على إجارة الدار إذا سلمت ولم ينتفع بها المستأجر .

وإنما قلنا إن المعقود عليه نفس المرأة - لأن النكاح معاوضة البضع بالمهر ، لأن
الدليل يأتي^(٣) الملك عليها بالعوض ، وقد ورد العقد على نفس المرأة ، بدليل أنه
أضاف العقد إلى نفسها في قوله / « تزوجتها » .

٢/٣٥

وإنما قلنا - إنها سلمتها إلى العاقد ، لأن التسليم تفصيل من السلامة ، والتمكين تفصيل
من المكنة ، وذلك بتقريب^(٤) المحل وإزالة الموانع .

(١) قال السمرقندى في التحفة ، ٢ : ٢٠٧ « فإن كان المهر مسمى وطلق بعد الوطء أو
الخلوة الصحيحة أو وجد موت أحد الزوجين فإنه يجب كمال المهر المسمى - وهذا عندنا . وعلى قول
الشافعى : لا يتأكد بالخلوة » وقال العزالي في الرحيب ، ٢ : ٢٦ « ولا يتقرر كمال المهر إلا
بالوطء أو بموت أحد الزوجين ولا يتقرر بالخلوة على القول الجديد » .

قال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم في كتابه « أحكام الأحوال الشخصية » طبعة سنة ١٩٢٥ في
البد ١٨٨ ص ١٢٥ - ١٢٦ « وكذلك يتأكد المهر بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح فإذا
فقد الشيطان كلاهما أو أحدهما فلا يتأكد المهر ... وقال الشافعى رضى الله عنه إن الخلوة لا تؤكد
وجوب المهر ، لأن المعقود عليه إنما يصور مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ، لأن التأكد إنما يكون
بتسليم المبدل ولا تسليم إلا بالوطء . واستدل أبو حنيفة وأصحابه بأن المرأة سلمت المبدل حيث رفعت
الموانع بالخلوة التامة وذلك غاية ما في مقدورها والواجب عليها لا يكون إلا ما في وسعها فيتأكد
حقها في المبدل وهو المهر (انظر الهداية والصاية) ... » . وتقرر أيضاً أستاذنا المرحوم محمد أبو
زهرة ، الأحوال الشخصية ، قسم : زيج ، البند ١٥٥ و ١٥٦ ص ١٨٥ - ١٨٧ .

(٢) النفس الروح وذات الشيء وعينه - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل كنا : « يأتى » والظاهر أن المقصود أن الدليل يأتى أن تملك هى بالعوض -
انظر فيما يلى : الجواب . وفى التحفة ، ٢ : ٢١٠ « إن تسليم النفس بمقابلة تسليم المهر » .

(٤) لعلها كذلك . وفى المعجم الوسيط : قَرَّبَ الشئ أدناه وقربه منه وإليه وعده . وتقرَّبَ
إليه حاول القرب منه وتوسل إليه بقرعة أو بحق . ولعل العارة ترجح كلمة « تقرب » .

(طريقة الخلاف فى الفقه - م ٧)

فإن قيل : قوله بأن المعقود عليه نفس المرأة - قلنا : لا نسلم ، بل المعقود عليه منافع البضع المستوفاة في جميع العمر ، ولا يمكن تسليمها في حالة واحدة . وهذا لأن المعقود عليه لو كان نفس المرأة لحلا الوطاء الثاني والثالث عن الملك وعن العوض أصلاً ، وذلك لا يجوز .

ولئن سلمنا أن المعقود عليه نفس المرأة ، ولكن لم قلتم إنها سلمتها إلى العاقد . وهذا لأن قيام يد العاقد على المعقود عليه يمنع التسليم ؛ ويد العاقد ههنا قائمة ، لأن نفس المرأة ومنافع بضعها في يدها حقيقة ، ولا يتحقق التسليم والقبض إلا بعد وجود الوطاء حقيقة . وصار هذا كما إذا باع دابة هو راكمها أو ثوباً هو لاسه : لا يتحقق التسليم بدون النزول والنزع - كذا ههنا .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصَفْ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ (١) .

الجواب :

قوله بأن المعقود عليه منافع البضع - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن المنافع في باب النكاح لم تملك مقصودة بالعقد ، بل تبعاً وضرورة للملك النفس ، كملك الانتفاع في باب البيع ، بدليل أن العقد يضاف إلى الذات دون المنافع .

قوله : المعقود عليه لو كان نفس المرأة لحلا الوطئان عن العوض - قلنا : أجمعنا على أن قبض النفس حقيقة في حق الوطاء مرة واحدة ، قائم مقام جميع الوطئات في حق تأكيد المهر . كذلك تسليم النفس نظراً للمرأة .

وأما قيام يد العاقد - قلنا : قيام يد العاقد لا يمنع (٢) التسليم لذاته ، بل لأنه يعجز الأخذ عن القبض والانتفاع ، كما في الدابة والثوب ، وههنا قيام يد المرأة على نفسها لا يعجز عن الوطاء عند ارتفاع الموانع ، فافترقا من هذا / الوجه .

١/٣٦

(١) البقرة : ٢٣٧ .

(٢) في الأصل : « لا تمنع » - انظر بقية العبارة .

وأما ما تلا من النص - قلنا : حقيقة المس ليس بمراد بالإجماع ، لأنه لو وجد المس بدون الخطوة لا يتأكد المهر ، فكان المراد هو المحاز ، واسم المس كما يجوز جعله مجازاً عن الوطاء ، إطلاقاً لاسم السبب على المسبب ، يجوز جعله مجازاً عن الخطوة بهذا الطريق . والله أعلم .

٤٢ — مسألة : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : الزوج الثاني يهدم الطلقة والطلقتين . وهو قول ابن مسعود وابن عباس وابن عمر .

وقال زفر والشافعي : لا يهدم . وهو مذهب عمر وعلي وأبي بن كعب^(١) وعمران بن الحصين^(٢) .

والمراد بقولنا يهدم الطلقة والطلقتين — أن المرأة بعده تصبح بحالة لا تحرم حرمة غليظة إلا بالطلقات الثلاث .

والمراد بقولهم : لا يهدم — أنها تصبح بحالة تحرم حرمة غليظة بما بقي من الطلقات الثلاث .

لنا : أن الزوج الثاني مثبت للحل ، فتصير المرأة بعده بحالة لا تحرم حرمة غليظة إلا بالطلقات الثلاث ، قياساً على ما إذا وجد الزوج الثاني بعد الثلاث .

وإنما قلنا إن الزوج الثاني مثبت للحل ، لأن النبي ﷺ سمي الزوج الثاني محلاً ، بقوله عليه السلام : « لن الله المُحَلِّ والمُحَلَّل له »^(٣) . ولا يثبت إثبات الحل المطلق

(١) أبي بن كعب شهد العقبة الثانية ونايع النبي ﷺ فيها ثم شهد بدرًا وكان يكتب الوحي لرسول الله ﷺ وأحد فقهاء الصحابة وقرأهم لكتاب الله ، مات في خلافة عمر بن الخطاب سنة ١٩ أو ٢٠ أو ٢٢ . وقيل مات في خلافة عثمان سنة ٣٢ . والأكثر على أنه مات في خلافة عمر — ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) عمران بن حصين بن عبيد الخزاعي . أسلم عام خير . بعثه عمر إلى البصرة معلماً . ولده نجاد قضاهما ثم استعفى فأعفى . وكان من فضلاء الصحابة وفقهائهم . سكن البصرة ومات بها سنة ٥٢ في خلافة معاوية — ابن عبد البر ، الاستيعاب . وطبقات ابن سعد .

(٣) في بلوغ المرام رقم ٨٤٩ ص ١٥٣ ، وسبل السلام ، ج ٣ ، رقم ٩٣٦ ، ص ١٠٠٤ - ١٠٠٥ « لن رسول الله ﷺ المُحَلِّ والمُحَلَّل له » رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه . وفي =

في المحل إلا بارتفاع ما بقي من الحل ، لأن إثبات الحل في محل حلال لا يتحقق ، فيرتفع ما بقي من الحل في المحل ويثبت حل آخر بصفة الكمال ، والحل الثاني بصفة الكمال لا يرتفع إلا بالطلقات الثلاث .

فإن قيل : قولكم بأن^(١) الزوج الثاني مثبت للحل - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن النبي ﷺ سماه محلاً - قلنا : لا نسلم .

وأما الحديث - قلنا : لا نسلم بأن المراد منه الزوج الثاني .

والدليل على أن المراد منه ليس الزوج الثاني أنه ألحق^(٢) اللعن به ، والزوج الثاني ههنا لا يستحق اللعن .

ولئن سلمنا أن المراد من الحديث الزوج الثاني - لكن قبل الثلاث أو بعد الثلاث ؟

ع م - . ولكن المراد هو الزوج الثاني بعد / الثلاث لوجهين : أحدهما - اللعن .
والثاني - أن الزوج الثاني في العرف يطلق على الزوج الثاني بعد الثلاث .

ولئن سلمنا أن المراد من الحديث الزوج الثاني مطلقاً - ولكن النبي ﷺ ألحق اللعن بالزوج الثاني المحلل لا بمطلق الزوج الثاني - فلم قلتم بأن الزوج الثاني قبل الثلاث محلل حتى يتناوله الحديث ؟ .

ولئن سلمنا أن الزوج الثاني مثبت للحل - ولكن إما يثبت مقتضياً إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ بيانه - أن الحل إما يثبت في محل خال عن الحل ، والحل ههنا ثابت في المحل .

قوله : يرتفع ما بقي من الحل ضرورة ثبوت حل آخر - قلنا : هذا يؤدي إلى

الباب عن على أخرجه الأئمة إلا النسائي .

(١) في الأصل قلنا : « لى » .

(٢) في الأصل قلنا : « اللحق » .

الدور ، لأن الحل القائم لا يرتفع إلا بثبوت حل آخر ، ولا يثبت حل آخر إلا بعد ارتفاع ما بقى من الحل ، فيؤدى إلى الدور ، فيكون باطلاً .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المراد من المحلل فى الحديث الزوج الثانى - قلنا : لأن أهل الحديث أوردوه فى باب الزوج الثانى .

قوله : المثبت للحل لا يستحق اللعن - قلنا : لا يستحق اللعن من حيث إنه مثبت للحل ، ولكن قد يستحق اللعن من وجه آخر ، وهو أن يقصد بالتزوج غير ما وضع له التزوج ، وهو الإحلال على الزوج الأول .

قوله : المراد من الزوج الثانى قبل الثلاث أو بعد الثلاث ؟ قلنا : المراد الزوج الثانى مطلقاً ، لأنهم أوردوه فى باب الزوج الثانى مطلقاً .

قوله : المستحق للعن هو الزوج الثانى بعد الثلاث - قلنا : لا لأنه بعد الثلاث ، لكن لأنه قصد الإحلال على الأول ، والزوج الثانى قبل الثلاث إذا قصد ذلك يستحق اللعن أيضاً .

قوله : المحلل فى العرف هو الزوج الثانى بعد الثلاث - قلنا : ليس كذلك ، لأن المحلل فى العرف من يحل قصداً ويقصد بالنكاح الإحلال على الأول ، لا المقاصد المطلوبة ، إلا أن القصد إلى ذلك يكون بعد الثلاث غالباً ، بدليل أن الزوج الثانى بعد الثلاث إذ تزوجها لا على قصد منهما للإحلال وللمرجوع / إلى الأول ، لا يسمى محلاً . ١/٣٧

قوله : الحديث الحق^(١) اللعن بالزوج الثانى المحلل - فلم قلتم بأنه محلل ؟ قلنا : هذا تليس^(٢) ومغالطة ، لأننا لا نعى بقولنا المراد من الحديث الزوج الثانى أنه أطلق

(١) فى الأصل كنا : « اللحق » .

(٢) تيس عليه الأمر خلطه . وتيس عليه الأمر تيسا خلطه عليه حتى لا يعرف حقيقته - المعجم الوسيط .

اسم الحلل على الزوج الثانى بطريق إقلمة اللفظ مقام اللفظ ، لكننا نعنى به وصف الزوج بأنه محلل ، فألحق اللعن به ، فصار كأنه قال : لعن الله الحلل ، والحلل الزوج الثانى .

قوله : يتعلق كل واحد منهما بالآخر فيؤدى إلى الدور - قلنا : لا نسلم . وبيانه - أنا لا نقول بارتفاع ما بقى من الحل حكماً لثبوت حل آخر حتى يؤدى إلى الدور ، ولكننا نقول : بأن ارتفاع الحل من المحل يقف على تصور ثبوت الحل ، وتصور ثبوت الحل قائم بواسطة ارتفاع ما بقى من الحل .

والله أعلم .

٤٣ - مسألة : إذا قال لها : أنت طالق أو مطلقة أو طلقك ونوى الثلاث أو الثنتين - لا تصح نيته ، وتقع ^(١) واحدة رجعية .

والوجه فيه - أنه لو صحّت نيته الثلاث لا يخلو : إما أن تصح في الملفوظ أو في غير الملفوظ : لا وجه للثانى ، لأن الطلاق لا يقع بمجرد النية بدون اللفظ . ولا وجه للأول ، لأن الملفوظ لا يحتمل الثلاث ، لأن قوله « أنت طالق » وصف لها بالانطلاق ، وهو نعت فرد ^(٢) والفرد ضد الثلاث ، والشئ لا يحتمل ما يضافه .

فإن قيل : قولكم بأنه نعت فرد فلا يحتمل الثلاث - قلنا : لغة وشرعاً أم هو نعت لغة إنشاء شرعاً ؟ ع م . بيانه - أن هذا اللفظ إخبار لغة ولكنه إنشاء شرعاً ، والإنشاء يحتمل العدد - دل عليه أن الثلاث عدد من حيث هي ثلاث ، فرد من حيث الجنس ، والجنس فرد بالإضافة إلى الأجناس . والدليل على أنه تصح نية الثلاث ، أنه ^(٣) يصح تفسيره به ، بأن بقول « أنت طالق » والشئ لا يفسر بما لا يحتمله .

(١) فى الأصل : « وتقع » .

(٢) الفرد المفرد المتوحد - المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل : « تصح » .

ولئن سلمنا أنه لا يحتمل من حيث هو جنس ، ولكن لم نلّم بأنه لا يحتمل من وجه آخر ؟ يباه أنه قوله « طالق » ينسب عن الانطلاق^(١) ، والانطلاق حساً وشرعاً متنوع ، فيقبله من حيث النوع ، وصار كما إذا قال : « أنت باتن » ونوى الثلاث / ، فإنه يصح - كذا هنا . وصار أيضاً كما إذا قال : « أنت طلق للسنة » ونوى الثلاث : تصح نيته ، أو قال : « طلق نفسك » ونوى الثلاث تصح نيته ، وإن كان ما ذكرتم موجوداً - كذا ههنا .

الجواب :

قوله : هذا نعت وإخبار لغة وشرعاً ، أو نعت لغة وإنشاء شرعاً ؟ قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أنه نعت لغة وشرعاً ، لأن الأصل تقرير الأحكام على موضوع اللغة . والثاني - أنه إنشاء شرعاً ، ولكن هذا لا يصير الطلاق مذكوراً شرعاً ، لأن المعنى من كونه إنشاء وقوع الانطلاق من القيد الشرعي^(٢) ، وذلك لا يحتمل العدد .

قوله بأنه فرد من حيث الجنس - قلنا : لا نسلم بأن الثلاث جنس أو هو جنس ، ولكنه عدد في ذاته ، فلا يحتمل نعت الفرد .

قوله : يصح تفسيره بالثلاث - قلنا : لا نسلم .

وقوله : « أنت طالق ثلاثاً - معناه أنت طالق طلاقاً ثالثاً .

قوله : لم لا يحتمل من حيث النوع ؟ قلنا : لأن الانطلاق الشرعي والحسي لا يتنوع ، لأنه لا يتفاوت من حيث كونه منطلقاً ، بخلاف قوله : « أنت باتن » لأن البينونة متنوعة : بعيدة وقريبة . وبخلاف « أنت طالق للسنة » لأن الانطلاق لا يوصف بكونه سنياً أو بدعياً ، فكان وصفاً لقول يوصف بذلك ، وهو التطلاق ، فصار

(١) في الأصل كذا : « والانطلاق » .

(٢) في الأصل كذا : « الشرع » انظر العبارة التالية .

الطلاق مدلول اللفظ . وخلاف قوله « طلقى نفسك » لأنه دلالة على الانطلاق وصفاً ، لأنه مختصر عن قوله : افعل فعل الطلاق .

٤٤ - مسألة : إضافة الطلاق إلى اليد أو إلى جزء معين لا يغير به عن جميع البدن ، لا يصح . وعنده يصح (١) .

وعلى هذا الخلاف : المتاق والإيلاء والظهار والعفو عن القصاص .
وأجمعوا على أن إضافة الطلاق إلى الجزء الشائع كالثلث والرابع ، يجوز (٢) .
وأجمعوا على أن إضافة الطلاق إلى الوجه والفرج والرأس ، يصح (٣) .
وفي الظهر والبطن اختلاف المشايخ .

والوجه / فيه - أن حكم الطلاق لو ثبت في البدن لا يخلو : إما أن يثبت ابتداء ، ١/٣٨
أو بناء على ثبوته في البدن . لا وجه للأول ، لأنه ما أضاف الطلاق إلى البدن . ولا وجه
للتاني ، لأن الحكم المختص بالطلاق بثبوت الانطلاق وزوال القيد ، لأن الطلاق ينشأ
عنه لغة ، واليد ليس بمحل لقيد النكاح ، ولهذا لا يصلح إضافة النكاح إلى اليد
بالإجماع .

فإن قيل : قولكم بأن حكم الطلاق لو ثبت في البدن لا يخلو : إما أن يثبت ابتداء
أو بناء - قلنا : لم قلم بأنه لا يثبت ابتداء ؟ .

قوله : ما أضاف الطلاق إلى البدن - قلنا : صريحاً أم دلالة ؟ م ع - وهذا لأن
قوله : « يدك طالق » يدل على إرادة ثبوت الطلاق في اليد ، ولا تصور له إلا بالطلاق
في البدن ، فصار كما لو أضاف إلى الجزء الشائع .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت الطلاق في البدن ابتداء - لم قلم بأنه لا يثبت بناء ؟ .

(١) عند الشافعي - انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٢٩٢ .

(٢ - ٣) انظر : السمرقندي ، المرجع السابق ، الموضع نفسه .

قوله بأن اليد ليست محل الطلاق - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن حكم الطلاق زوال القيد - قلنا : كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ ع م .
وهذا لأن زوال القيد كما هو حكم الطلاق ، فزوال حل الاستمتاع أيضا حكم الطلاق ،
واليد محل لحل الاستمتاع ، فكانت محلا لحكم النكاح . من هذا الوجه .

ولئن سلمنا أن هذا كل حكم الطلاق ، ولكن اليد ليست بمقيدة بانفرادها أو
ليست من جملة المقيدة ؟ م والثاني ع . وهذا لأن اليد وإن كانت لا توصف بالقيد ،
ولكنها من جملة البدن الموصوف بالقيد ، فيصح كما في الجزء الشائع .

ولئن سلمنا أن اليد غير مقيدة ، ولكن لم قلّم بأنها ليست بمحل للنكاح ، وظاهر
أنها محل للنكاح ، لأنها محل لبعض أحكام النكاح .

ولئن سلمنا أنه لا يصح إضافة الطلاق إلى اليد حقيقة ، ولكن لم قلّم بأنه لا يبقى
مجازا ؟ وهذا لأن اليد جاز أن تذكر ويراد بها البدن ، كما في قوله تعالى .. ﴿ ... فما /
كسبت أيديكم ﴾ ^(١) ... ﴿ وقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » ^(٢))
والمراد البدن .

٢/٣١

الجواب :

قوله : إنه أراد ثبوت حكم الطلاق في اليد ، ولا يثبت إلا بثبوته في البدن - قلنا :
هذا إشارة إلى الوجه الثاني ، وقد بينا أنه لا يمكن ذلك .

(١) قال تعالى : ﴿ وما أصابكم من مصيبة فَمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ ﴾ الشورى : ٣٠ . وقال
تعالى : ﴿ ظهر الفساد في البر والبحر بما كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ ... ﴾ الروم : ٤١ . وفي الأصل :
﴿ ذلك بما كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ ﴾ وستأتى فيما بعد في الأصل صحيحة .

(٢) عن سمرة بن جندب رضى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « على اليد ما أخذت
حتى تؤديه » رواه أحمد والأربعة . وصححه الحاكم - بلوغ المرام ، رقم ٧٤٩ ، ص ١٣٥ .

وأما الجزء الشائع - قلنا : لا نسلم ثبوت حكم الطلاق في البدن بالإضافة إليه ابتداء ، بل بناء ، لأنه لا يتصور وجود البدن بدون الجزء الشائع .

قوله : زوال القيد كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ قلنا : كل الحكم الأصلي للطلاق ، والاعتبار للحكم الأصلي المقصود .

قوله : اليد ليست بمقيدة بانفرادها أم ليست من جملة المقيدة ؟ قلنا : ليست (١) بمقيدة ولا من جملة المقيدة ، لأنه لا يتعلق الطلاق ولا النكاح باليد ، بدليل أنه يجوز نكاح مقطوعة اليد بخلاف الجزء الشائع ، فإنه لا نكاح بدونه .

قوله : بأن اليد محل بعض أحكام النكاح - قلنا : الجواب عنه ما ذكرنا .

وأما قوله : اليد يعبر بها عن البدن مجازا - قلنا : لا نسلم بأنه يصلح لذلك مجازا .

وأما قوله تعالى : ﴿ فَمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ ﴾ (٢) فهذا إضافة الكسب إلى اليد حقيقة ، لأنها (٣) آلة الكسب ، كما يقال : سيف قاطع .

وقوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت (٤) » أضاف الأخذ والرد إلى اليد بطريق الحقيقة ، لا بطريق المجاز .

ولئن سلمنا جواز المجاز ، ولكن إنما يستعمل بالنية والإرادة ، ونحن نقول : بأنه إذا ذكر اليد وأراد به البدن يصح ، ولكن الكلام فيما إذا لم يرد .

والله أعلم .

(١) في الأصل : « ليس » .

(٢) راجع فيما تقدم الماش ١ ، ص ١٠٦ .

(٣) في الأصل : « لأنه » .

(٤) راجع فيما تقدم الماش ٢ ص ١٠٦ ونصه كاملا فيما تقدم من المتن .

٤٥ — مسألة : التنجيز يبطل التعليق .

وصورة المسألة : إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا - فطلقها قبل دخول الدار ثم تزوجت بزواج آخر وعادت إليه ودخلت الدار لا يقع الطلاق .

والوجه فيه - أنه لم يلتزم بتصرفه طلاقا يبطل حلا سيحدث ، / قلا يقع . ١/٣٩

وإنما قلنا ذلك - لأنه إنما التزم بتصرفه طلاقا يمنعه عن تحصيل الشرط أو يحمله^(١) على تحصيله ، وللمنع لا يحصل بطلاق يبطل حلا سيحدث .

وإنما قلنا : إنه التزم بتصرفه طلاقا يمنعه عن الشرط ، لأن غرضه في قوله : إن شربت فامرأتي طالق - منع النفس عن الشرب ، لأنه لولا هذا الغرض لما أقدم على الإيمن بالطلاق لحرمته ، والطلاق الذى يبطل حلا سيحدث لا يمنعه^(٢) ، لأن المنع إنما يحصل بالحرف ، والحرف إنما يكون ببطان نعمة يغلب وجودها أو يحتمل وجودها ، لا يبطلان نعمة نادر وجودها ، والحل الذى سيحدث نادر الوجود ، لأن ذلك يبتنى على الطلقات والعدد وعلى التزويج بزواج آخر وعلى طلاق ذلك الزوج والموود إليه ، وكل هذه المقدمات نادر [ة^(٣)] الوجود .

فإن قيل : قولكم بأنه التزم طلاقا يمنعه عن تحصيل الشرط أو لا يمنعه - قلنا : لا نسلم بل هو مطلق ، لإطلاق اللفظ ، فلا يجوز تقييده .

قوله : دل الدليل على التقييد - قلنا : لا نسلم .

قوله : لولا ذلك لما أقدم على الإيمن - قلنا : لا نسلم بأن هذا إيمن ، بل هو تطليق عند الشرط . ونحن سلمنا أنه إيمن ، ولكن لم قلّم إن المنع لا يحصل بطلاق يبطل حلا سيحدث ؟

(١) في الأصل : « تحمله » .

(٢) « يمنعه » غير ظاهرة في الأصل ونرى أن السياق يدل عليها .

(٣) في الأصل : « نادر » .

قوله : بأن المنع يحصل بالخوف عن زوال نعمة يغلب وجودها - قلنا : لا نسلم أن غلبة الوجود شرط ، وهذا لأن المنع كما يحصل بنزول المكروه غالبا وظاهرا ، يحصل بنزول المكروه على سبيل الاحتمال ، لأن الإنسان كما يمتنع عن الضرر الغالب ، يمتنع عن الضرر المحتمل - دلت عليه أنه لو أبانها ثم تزوجها ودخلت الدار يقع .

ولئن سلمنا أن غرضه الامتناع عن مطلق الضرر ، ولكن في الحال فقط أم في الحال وثاني الحال ؟ ع م . وهذا لأن الامتناع في الحال كما يصلح غرضا ، فكذلك الامتناع في الحال وثاني الحال يصلح غرضا / .

٢/٣٩

ولئن سلمنا أن الغرض هو المنع مطلقا ، ولكن لم قلتم بأن الطلاق الذي يبطل حلا سيحدث ، لا يصلح مانعا ؟ .

والدليل على أنه يصلح مانعا أنه لو قال لامرأته : « إن دخلت الدار فأنت على [ك] ظهر أُمى » فطلقها ثلاثاً ثم تزوجت بزواج آخر وعادت إلى الأول ودخلت الدار ، يلزمه الظهار .

ولئن سلمنا أنه لم يلتزم طلاقا يبطل حلا سيحدث ، ولكن^(١) لم قلتم بأن هذا الحل غير ذلك الحل ، بل هو عينه - لأننا أجمعنا على أنها لو ارتدت ثم عادت إليه بعد الإسلام تبقى النكاح وينزل الجزاء^(٢) وإن بطل حل المحلية بالردة ؟ .

الجواب :

قوله : بأنه مطلق لإطلاق اللفظ - قلنا : بل ، ولكن مطلق الكلام يجوز تقييده بدلالة الغرض . كما إذا اشترى عبدا مطلقا ، ينصرف إلى المسلم^(٣) .

قوله : لم قلتم بأنه يمين ؟ - قلنا : لأن تعليق الطلاق يسمى يمينا عرفا وشرعا .

(١) في الأصل قلنا : « ولئن » .

(٢) في الأصل قلنا : « الجرا » - قلنا في السمرقندي ، الصفحة ، ٢ : ٣١٨ - ٣١٩ .

(٣) في الأصل قلنا : « المسلم » .

قوله : لم قلتم بأن المنع لا يحصل بطلاق يبطل حلا سيحدث ؟ قلنا : لما ذكرنا أن الإنسان لا يخاف زوال نعمة لا يغلب وجودها .

قوله : لم قلتم بأن الغلبة شرط ؟ قلنا : لأن المانع إنما يمنعه إذا كان غالب الوجود .

وأما إذا أبانها - قلنا : لأن نزول^(١) الجزء ليس بنادر الوجود ثمة . أما ههنا بخلافه .

قوله : غرضه الامتناع عن الضرر في الحال فقط أم في الحال وثاني الحال ؟ - قلنا : غرضه المنع مطلقاً من غير تعرض للزمان^(٢) ، وهذا الغرض يحصل بطلاق يبطل حلاً قائماً للحال ، لأن الحال القائم للحال ، الظاهر دوامه إلى وقت وجود الشرط .

وأما مسألة الظهار فممنوع على رواية أبي طاهر الدباس^(٣) عن أصحابنا : أنه لا يلزمه [^(٤) الظهار] .

قوله : لم قلتم بأن الجلل الذي يوجد بعد الزوج الثاني غير ذلك الحل - قلنا : لأن الزوج الثاني مثبت للحل ابتداء على ما مر في مسألة الهدم^(٥) .

(١) في الأصل كذا : « نزول الجوا » .

(٢) في الأصل كذا : « الرمان » .

(٣) كان إمام أهل الرأي بالعراق . وقد أخذ عن القاضي أبي حازم عبد الحميد عن عيسى بن أبان عن محمد . وكان يوصف بالحفظ وسعة الروايات . وولى القضاء بالشام . و « الدباس » نسبة إلى بيع الدبس وهو ما يسيل من الرطب (اللكوى ، ١٨٧ . ومختار الصحاح) .

(٤) في الأصل : « لا ينزل » - راجع فيما تقدم في المسألة . وللهذه أن يلزمه - قال السمرقندي في النخبة ، ٢ : ٣١٩ : « ثم هذه الحرمة لا تزول سبب من أسباب الإباحة ، ما لم توجد الكفارة ، لا بالنكاح ولا بملك العيّن ولا بإصابة الزوج الثاني .. وكذلك لو طلقها ثلاثاً وتزوج آخر ، ثم عادت إليه بالنكاح ، لا تحل له حتى يكفر ، وإن صح النكاح » .

وكذا في المغني لابن قدامة (٧ : ٣٥٢) ولكن فيه : « وقال قتادة : إذا بان سقط الظهار فإذا عاد فتكحها فلا كفارة عليه وللشافعي قولان كالمذهبيين ... » .

(٥) راجع فيما تقدم ص ١٠٠ - ١٠٣ .

وأما إذا ابتدت المرأة / قلنا : بالردة لا يزول حل المحلّة ، حتى لو اشترى أمة مرتدة ١/٤٠
ودخل بها لا يسقط إحصانه في القذف ، ولو زال لسقط إحصانه ، كما في الأئمة
المتكوبة إذا طلقها اثنتين ثم اشترىها ووطئها^(١) .

٤٦ - مسألة : إرسال الطلقات الثلاث جملة حرام .

والوجه - أن إرسال الطلقات الثلاث جملة إيقاع الطلاق من غير حاجة ، فوجب
أن يكون حراماً ، قياساً على الطلاق في حالة الحيض .

وإنما قلنا ذلك - لأننا نعني بهذه الحاجة الخلاص عن عهدة النكاح ، وهذه الحاجة
تندفع بالطلقة الواحدة ، فإيقاع الثانية والثالثة يكون إيقاعاً من غير حاجة ، فيكون
حراماً ، لأن الدليل يقتضي حرمة الطلقات الثلاث جملة لما فيه من سد باب التدارك^(٢)
والوصول إليها بطريق الحلال ، وربما يميل طبعه إليها على وجه لا يمكنه الصبر عنها ، فيقع
في الحرام ، وما هذا حاله فهو حرام .

فإن قيل : قولكم الدليل يقتضي حرمة الطلقات الثلاث لما فيه من سد باب
التدارك - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن إمكان الوصول إليها بالحلال قائم ، بأن تزوج
بزوج آخر ثم تعود إليه بالنكاح .

ولئن سلمنا أنه لا يمكن الوصول إليها بطريق الحلال ، ولكن لم قلّم بأنه يقع في
الحرام ، وظاهر أنه لا يقع ، لأن العقل والدين يمنعان عن ذلك . وكذلك الإقدام على
إرسال الطلقات الثلاث جملة دليل نَقَر^(٣) الطبع عنها بأبلغ الوجوه ، فلا يقدم على
الحرام .

(١) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣١٩ : « وكذلك لو كانت حرة ، فازدنت عن
الإسلام ، ولحقت بدار الحرب ، فسيت ، واشترىها » أي لا يحل له أن يطأها حتى يكفر .

(٢) تدارك ما فات حاول إدراكه . يقال تدارك الخطأ بالصواب واستدرك الشيء تداركه به
واستدرك عليه القول أصلح خطأه أو أكمل نقصه أو أزال عنه نكساً - المعجم الوسيط

(٣) نَقَرُ نَقْرًا ونَقَرًا أعرض وصد - المعجم الوسيط . ول الأصل كذا : « سفر » . ول =

ولكن سلمنا أن احتمال هذا الضرر قائم - ولكن لم قلّم بأنه يوجب تحريم إرسال الثلاث ؟ وهذا لأنه ليس يجب على الشرع أن يدفع الضرر عن العبد بدون اختياره بل يجعله بسبيل من اختيار الضرر والاحتراز عنه .

٢/٤٠ ونحن سلمنا أن ما ذكرتم يقتضى تحريم الإرسال / ولكن ههنا دليل يأبى ذلك ، وذلك لأنها أجمعنا على أن إيقاع الثلاث مباح ، وإن كان فيه جميع ما ذكرتم . وكذلك أجمعنا على أن الطلقات الثلاث ملوكة للزوج ، بدليل أنه لو أوقع^(١) يقعن ، والمملك لا يشرع إلا لإطلاق الاستبراء^(٢) شرعا ، ولأن الإقدام دليل الحاجة إلى سد باب الوصول إليها ، لاحتمال أن يكون في نكاحها مفسدة ومضرة ، وربما لا يمكنه الامتناع عنها ويحتاج^(٣) إلى سد باب التدارك في الحال ، دفعا لهذه الحاجة .

الجواب :

قوله : إمكان الوصول إليها بالخلال ممكن - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الوصول موقوف على مقدمات كثيرة نادرة ، والنادر ملحق بالعدم .

ونحن سلمنا إمكان الوصول ولكن بعد زمان طويل ، يعبرى^(٤) عن احتمال ما ذكرنا من الضرر .

وأما قوله بأن العقل والدين يمنعه - قلنا : بلى ، ولكن ذاك لا يمنع احتمال الوقوع على ضرر الزنا ، لمكان الهوى بالطبع .

المعجم الوسيط : دل عليه وإليه دلالة أرشد . ويمكن أن يقال : دليل على ثمر . وسيأتى بعد قليل : « دليل نقر » أيضا (ص ١١٣) .

(١) في الأصل قلنا : « أقع » .

(٢) كذا في الأصل : « الاستبراء » وقد يحمل أن تكون « الاستبراء » . ولعل المعنى « الاستعمال » .

(٣) في الأصل : « ويحتاج ويحتاج » فالكلمة مكررة .

(٤) كذا تبدو .

وأما قوله بأن الإقدام على إرسال الثلاث دليل تُقر الطبع عنها - قلنا : محتمل :
محتمل^(١) أنه أقدم لمعارض يدوم ، ومحتمل أنه أقدم لمعارض يزول ، فلا يطل ما ذكرنا بالشك .

قوله بأن هذا الضرر يلحقه باختياره - قلنا : لا نسلم بأنه باختياره ، وإنما يكون باختياره أن لو كان عالماً بلحق هذا الضرر به ، أما إذا لم يكن عالماً فلا .

وأما الطلاق الثلاث - قلنا : ذاك إنما يكون بعد نُقر الطبع عنها ، لأن إيقاع الأول والثاني دل على نُقر الطبع ، أما إيقاع الثلاث جملة [فـ] قد يكون لغضب ولعارض يزول ، فلا يدل على تنافر الأخلاق .

قوله بأن الطلاق الثلاث مملوك له - قلنا : إن غنيت به الإباحة فممنوع ، وإنه عين النزاع . وإن غنيت به أنه لو أوقع يقع ويترتب عليه حكم شرعي فمسلّم ، ولكن الشرع قد يترتب / الحكم على التصرف المباح وقد يترتب على الحرام كالزنا وشرب الخمر وسائر المحظورات .

قوله بأن دليل الحاجة موجود ، وهو الإقدام على الإرسال - قلنا : كما لا يجوز تعليق الحكم بحقيقة الحاجة ، لا يجوز تعليقه بالإقدام على الطلاق .

وأما الحاجة إلى سد باب التدارك - قلنا : ما ذكرنا محكم في تحريم الإرسال ، وما ذكرتم محتمل ، والمحتمل لا يعارض المحكم .
والله أعلم .

٤٧ - مسألة : عدد الطلاق معتبر برق النساء وحريتهن ، لا برق الرجال وحريتهن . وهو مذهب على بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود .

وعند عثمان وزيد معتبر برق الرجال وحريتهن^(٢) .

(١) في الأصل قلنا : « يحمل » .

(٢) قال السمرقندي في النخبة ، ٢ : ٣٦٧ : « ثم العدة تعتر بالنساء : تنصف برقتها =

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٨)

والوجه فيه - أن الرق مؤثر في تصنيف الحل في جانب الرجل^(١) ، فيكون مؤثراً في التنصيف في جانب المرأة .

قلنا : متى يكون مؤثراً في التنصيف في جانب المرأة - إذا كان محمية النكاح حقها أم إذا لم يكن ؟ م ع .

بيانه أن رقها مؤثر في نقصان نعمة من حقها ، لا في نقصان نعمة هي حق الرجل - فلم قلتم بأن حل المحمية حق المرأة ، بل حق الزوج ، لأنه يشعر بكونه قابلاً للملك الغير ، وهو حق المالك لا حق المملوك .

ولئن سلمنا أن حل المحمية حقها ، ولكن على الخصوص أو حقها وحق الزوج ؟ ع م .

بيانه أن حل المحمية كما هو حق المرأة ، لكونه وسيلة إلى نفعها ، فهو حق الزوج لكونه^(٢) وسيلة إلى نفعه ، فكان مشتركاً^(٣) بينهما ، فلا يتنصف برق المرأة .
ولئن سلمنا أن حل المحمية نعمة في حقها ، ورقها يؤثر في تنصيفها - ولكن في

= وتتكامل بمرتبها بالإجماع . وإنما الخلاف في الطلاق « وقال أيضاً ، ٢ : ٣٦٠ - ٣٦٤ : » « وأما (عدة الوفاة) في حق الزوجة الأمة : فشهران وخمسة أيام كان زوجها حراً أو عبداً ، لأن العدة تنصف بالرق وتتكامل بالحرية ، ويعتبر فيها جانب النساء دون الرجال بالإجماع - وأما عدة الطلاق .. إن كانت الزوجة مملوكة للغير فعدها حيضتان إن كانت من ذوات الأقرار : وإن لم تحض شهر ونصف ... وأما في حق الحامل : فعدها وضع الحمل لا خلاف في المطلقة لظاهر قوله : « وأولدت الأحمال أجلمهن أن يضعن حملهن » ، وقال عليه السلام : « طلاق الأمة نثنان وعدتها حيضتان » وقال عمر رضي الله عنه : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولو استطعت لجمعتهما حيضة ونصف .. » .

(١) هنا هامش غير مقروء - لعل المقصود ما سيؤيد في الجواب من أن الحر إذا تزوج بالأمة فإنه لا يجوز له بالإجماع أن يتزوج بالحرية .

(٢) في الأصل : « لكونها » .

(٣) في الأصل : « مشترك » .

التنصيف في الجملة أم تنصيف نوع معين ؟ ع م . وهذا لأن الحرية^(١) محل النكاح في جميع الأحوال ، والأمة محل حال عدم الحرية لا حال قيامها . وإذا ثبت التنصيف / من هذا الوجه لا يثبت التنصيف في نقصان العدد ، لأنه يؤدي إلى التنصيف مرتين ، فيكون تريعا لا تنصيفا .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يوجب التنصيف - ولكن ههنا دليل آخر يأتي ذلك . وذلك لأن المرأة كما هي محل نكاح الرجل ، فالرجل محل نكاح المرأة . فإن نظرنا إلى جانب الأمة ينتقص العدد ، وإن نظرنا إلى جانب الرجل لا ينتقص ، فلا ينتقص بالشك .

ثم هذا معارض^(٢) بقوله عليه السلام : « الطلاق بالرجال والعدد بالنساء » .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الحلية حقها - قلنا : لأنها تنتفع بها مقصودا ونفع الزوج يقع ضمننا لا مقصودا ، فكان حقها .

وبه خرج الجواب عن قوله إنه مشترك .

قوله : ثبت التنصيف في حق الأمة في حق حل زمان دون زمان ، فلا يثبت التنصيف في نقصان العدد - قلنا : ليس ذلك تنصيف بل التنصيف تنصيف الحل في زمان واحد - دل عليه أن الحر إذا تزوج بالأمة ، فإنه لا يجوز له بالإجماع أن يتزوج بالحرية ، ولا يسمى ذلك تنصيفا ولا تريعا ، مع أن المالكية حقها .

وأما سؤال المعارضة - قلنا : ذاك يشعر بكون الزوج محلا للنكاح ، بل [هو] مالك وعاقده ، ولا يسمى منكوحا .

وأما الحديث - فنحمله على أن إيقاع الطلاق بالرجال ، عملا بالدليل على أنه

(١) في الأصل : « الحرية » .

(٢) « معارض » ساقطة من الأصل . وكذا أخذناها من عبارات المؤلف في كثير من أمثال هذا الموضع .

معارض بما روت عائشة أن رسول الله ﷺ قال : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيفتان »^(١) - أوردته أبو داود وأبو عيسى وابن ماجة .
والله أعلم .

٤٨ — مسألة : تعليق الطلاق والعناق بالملك جائز ، خلافا له^(٢) .

والوجه فيه - أنه قصد إيقاع التصرف تطليقا عند الشرط ، والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع تطليقا عند الشرط - فيقع الطلاق ، قياسا على ما إذا قال لمنكوحته : إن دخلت الدار فأنت طالق .

وإنما قلنا : إنه / قصد ، لأنه أتى بصيغة القصد . ١/٤٢

وإنما قلنا : إن الشرع جعله بسبيل من ذلك - لأنه جعله بسبيل من إيقاع التصرف تطليقا عند الشرط في المنكوحة ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا ، لأن الإنسان يحتاج إلى منع نفسه عن فعل من الأفعال لما يتعلق به من الضرر ، وربما لا يتمكن من الامتناع لو خلى وطبعه ، فيحتاج إلى مانع يمنعه من ذلك ، ووقوع الطلاق والعناق يصلح مانعا لما [قد يلحقه]^(٣) من المكروه .

(١) في بلوغ المرام ، رقم ٩٥٣ ص ١٧٣ : « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيفتان » رواه الدارقطني وأخرجه مرفوعا وضعفه . وأخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث عائشة ، وصححه الحاكم ، وخالفوه فاتفقوا على ضعفه .

(٢) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٢٩٤ : « فأما التعليق في الملك فصحيح بالإجماع .. وأما التعليق بالملك بأن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق - فإنه يصح عندنا . وعند الشافعي لا يصح . وكذلك إذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي طالق . وقال مالك ، إن عم لا يجوز وإن خص جاز » وقال أيضا ، ٢ : ٤٠٠ « ... العتي المضاف إلى الملك كالمعلق في الملك عندنا (أى يصح) خلافا للشافعي » .

(٣) موضعها يباح في الأصل ، ويجوز أن تكون : « لما يفعله » .

فإن قيل : قولكم بأن الإنسان قد يحتاج إلى منع نفسه عن فعل ، فيحتاج إلى مانع - قلنا : لم قلتم بأنه أمكن دفعها بهذا الطريق . وبيان - وهو أنه إنما يمكن دفعها بهذا الطريق أن لو تصور وجود النكاح على تقدير تعليق الطلاق به - فلم قلتم بأنه يتصور ؟ . وبيان عدم التصور من وجوه :

أحدها - أن الطلاق إذا تعلق بالنكاح ، صار الطلاق مقارنا للنكاح ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط مقارنا له ، والطلاق إذا قارن النكاح يمنع وجوده .

والثاني - أن النكاح إنما ينعقد إذا كان مفيدا للمقاصد المطلوبة ، وهذا النكاح لا يفيدها .

والثالث - أن النكاح إذا كان بحال يتصل به الطلاق ، صار في معنى نكاح المتعة ، وإنه مفسوخ .

ولئن سلمنا بأنه أمكن دفعها بهذا الطريق ، ولكن تعين طريقا أم لم يتعين ؟ ع م . وبيان - وهو أن له طريقين : أحدهما - اليمين بالله ، وإنه مشروع . والثاني - وهو اليمين بالطلاق ، وإنه محذور لقوله عليه السلام : ملعون من حلف بالطلاق - وحلف به بلا اتصال^(١) لدفع الحاجة إليه دون الطريق المشروع .

ثم هذا معارض بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : « لا / طلاق إلا فيما تملك . ولا عتق إلا فيما تملك . ولا قضاء نذر إلا فيما تملك » - أورده أبو داود وأبو عيسى^(٢) .

(١) في الأصل كذا : « للاتصال » وقد أخذناها مما تقدم .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ٩٢٢ ، ص ١٦٧ : « وعن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك » رواه أبو يعلى - وصححه الحاكم وهو معلول . وأخرج ابن ماجه عن اليسر بن مخرمة مثله وإسناده حسن ، لكنه معلول أيضا » ورقم ٩٢٣ ص ١٦٧ : « وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده روى الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » -

الجواب :

قوله : لم قلم بأنه أمكن دفع هذه الحاجة بهذا الطريق ؟ - قلنا : لأنه متى تعلق الطلاق بتكاحها يمتنع عن النكاح غالباً وظاهراً .

قوله : لم قلم بأنه يتصور وجود النكاح ؟ - قلنا : لأن وجود النكاح يصدر الركن من أهله ، وهذه الأوصاف لا تختل بتعلق الطلاق .

قوله : بأن الطلاق يصير مقارناً له - قلنا : لا نسلم ، بل الطلاق يقع بعده يزمانين - بيانه : أن الطلاق حَزْ (١) . النكاح ، وحَزْ (٢) الفعل يوجد بعده ، لا مقارناً له .

قوله : بأنه لا يفيد المقصد - قلنا : لا يفيد قطعاً أم محملاً ؟ - ع م . وهذا لأن نكاح الصغير والمجنون والخصم والمشرق بالمغربية (٣) - يجوز لاحتمال حصول المقصود نادراً . ولهذا قلنا : لو جاءت في هذه الصورة التي تنازعنا فيها بولد لسته أشهر يثبت النسب .

على أنا لو فرضنا الكلام فيما إذا قال : إن تزوجتك فأنت طالق بعده لسنة ، سقط السؤال .

قوله : بأنه في معنى نكاح المتعة - قلنا : لا نسلم - بأن نكاح المتعة هو النكاح المؤقت ، ولا تأقيت في هذا النكاح ، وصورته غير هذه الصورة .

قوله : اليمين بالله تعالى طريق المنع - قلنا : اليمين بالله تعالى ربما لا تمنع (٤) ، لقيام الكفارة .

- أخرجه أبو داود والترمذي وصححه . ونقل عن البخاري أنه أصبح ما ورد فيه « - راجع في ذلك : سبل السلام ، ٣ : ١٠١٦ - ١٠١٨ ص ١٠٩٤ - ١٠٩٦ وفي الأصل : « لاطلال » وفي مختار الصحاح .. أَيْل دُمَ وِطْلَه وأُطْلَه أهدره . وفي المعجم الوسيط . « الطلاء وأصله الطلال : الدم المطلول » .

(١ - ٢) حَزَّه حَزًّا قطعته - مختار الصحاح . وفي الأصل كنا : « حزو النكاح وحزو الفعل .. » وفي المعجم الوسيط : حزا حَزُّوا تكهن وحزا الشيء قدره تخميناً .

(٣) في الأصل غير واضح الجزء الأخير من كلمة « بالمغربية » .

(٤) في المعجم الوسيط : اليمين مؤنثة .

قوله : الطلاق محظور - قلنا : بلى ، ولكن لغيره لا لهينه . ولهذا لا يمنع تعليق طلاق المتكوحة بدخول الدار .

وأما الحديث - قلنا : المراد منه التنجيز دون التعليق ، لأنه نفى الطلاق مطلقاً ، والطلاق المطلق هو التنجيز دون التعليق ، وإنهم كانوا يعتقدون ذلك في الجاهلية . والله أعلم .

٤٩ - مسألة : الكنايات كلها بوائن إلا قوله : اعتدى - واستبرى رحمك - وأنت واحدة (١) .

والوجه فيه - أن هذا التصرف أعنى به قوله : « أنت بائن » تصرف إبانة ، فوجب أن / يقع به البيونة وينقطع به النكاح ، قياساً على ما إذا قال لها ذلك ، قبل الدخول بها ١/٤٣ أو بعد الدخول على مال .

وإنما قلنا إنه تصرف إبانة - وذلك لأنه إخبار صادر عن عاقل مكلف بصريح الإبانة ، فوجب الحكم بالإبانة ، تصديقاً له في إخباره ، وتصحيحاً لتصرفه ، وتصحلاً لمقصوده .

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف إبانة - قلنا : لا نسلم .

قوله : أتى بصريح الإبانة - قلنا : يحتمل أنه أراد الإخبار كقوله (٢) : أنت قائم وقاعد ، ويحتمل أنه أراد الإنشاء ، فلا يكون حجة .

ولئن سلمنا أنه تصرف إبانة ، ولكن لم قلّم بأنه يقع به البيونة ؟ .

(١) انظر : السرقتى ، التحفة ، ٢ : ٢٥٨ - ٢٥٩ و ٢٦٧ وما بعدها . وفيه « أنت واحدة أى أنت طالق طلقة واحدة » . وسيأتى في آخر هذه المسألة قوله : « وقوله : أنت واحدة ، معناه : أنت طالق طلقة واحدة » .

(٢) في الأصل « لقوله » .

وأما القياس على ما قبل الدخول - قلنا : الفرق ظاهر ، لأن هذا التصرف قبل الدخول فسخ ملك النكاح ، كالمبيع قبل القبض . ولهذا لو قال لها قبل الدخول بها : أنب طالق ثبت [ست] البيئونة .

وأما بعد الدخول على مال ، فهو معاوضة ، وقضية المعاوضة ثبوت الملك في العوضين في الحال تحقيقا للتساوى ، ومن ضرورة ذلك ثبوت البيئونة ، لا أن يكون التصرف إبانة ابتداء . وصار كقوله : اعتدى - واستبرى - وأنت واحدة هـ .
الجواب :

قوله : بمحتمل الإخبار ومحتمل الإنشاء - قلنا : هذه الصيغة موضوعة للإنشاء لا للإخبار ، كما في قوله : بعث وأعتقت وغيرها - فكل ذلك إنشاء لا إخبار - كذا هذا .

قوله : بأن الإبانة قبل الدخول فسخ ، وبعده على مال معاوضة - قلنا : النكاح لا يقبل الفسخ والمعاوضة ، ولهذا لم يترتب عليه أحكام الفسخ والمعاوضة .
ولئن سلمنا أنه فسخ ، ولكنه إبانة أيضا ، واللفظ ينبيء على (١) الإبانة ، لا على الفسخ والمعاوضة .

وأما قوله : اعتدى واستبرى رحمك - وأنت واحدة - قلنا : هذا لا ينبيء عن إزالة الملك : ملك النكاح وإبانة وصلة (٢) / النكاح ، بل هو دليل الطلاق ، لأن الأمر بالعدة واستبراء الرحم لا يكون إلا بعد الطلاق ، فيقع الطلاق اقتضاء .

٢/٤٣

وقوله : « أنت واحدة » - معناه : أنت طالق طلقة واحدة ، فكان الواقع هو الطلاق ، أما ههنا بخلافه .

(١) سيأتي بعد قليل : « ينبيء عن » ولعلها الأصح .

(٢) بينهما وصلة أى اتصال وذريعة . وكل شيء اتصل بشيء فما بينهما وصلة والجمع وصل - مختار الصحاح .

٥٠ - مسألة: الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وهو صريح الطلاق .

والوجه فيه - أن النكاح قائم من كل وجه ، فيحل وطؤها ، كما قبل الطلاق .

وإنما قلنا ذلك - لأن الزوج يملك مراجعتها بغير رضاها ، لقوله تعالى : ﴿وبعولتين أحق بردهن في ذلك﴾ (١) جعل الزوج المطلق أحق بالرد . فالرجعة هي الرد لغة ، فكان الزوج أحق بالرجعه بقضية (٢) النص مطلقا ، من غير اشتراط رضاها . وحق المراجعة بدون رضاها يدل على بقاء النكاح من كل وجه ، لأن النكاح لو كان زائلا من كل وجه أو من وجه لكانت الرجعة بدون رضاها إنشاء النكاح عليها بدون رضاها ، والدليل يأتى ذلك . وإذا كان النكاح قائما من كل وجه يحل الوطء لقوله تعالى : (٣) .

فإن قيل : قولكم بأن النكاح قائم من كل وجه - قلنا لا نسلم .

قوله : يملك مراجعتها بغير رضاها - قلنا : لا نسلم .

وأما النص - قلنا : لفظة الرد تقتضى زوال النكاح لأن الرد إعادة إلى الحالة الأولى ، وذلك إنما يكون بعد تبدل الحالة ، وذلك بزوال النكاح ، لأن النكاح لو كان قائما كان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ، فلا يتصور ردها .

(١) البقرة : ٢٢٨ .

(٢) في الأصل كلا : « بقصه » .

(٣) العبارة أو الآية غير مقروعة رغم المحاولات . ولعل المقصود ، إن كانت آية ، قوله تعالى : ﴿والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ المؤمنون : ٥ - ٦ وللمعارج : ٢٩ - ٣٠ . ﴿وبعولتين أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾ البقرة : ٢٢٨ . ولعل الآية هي المقصودة لقوله فيما يلى : « لفظة الرد ... » وهي الواردة في الآية الأخيرة (البقرة : ٢٢٨) . وانظر أيضا : ابن قدامة ، المغنى (الطبعة المستقلة) ج ٧ ، كتاب الرحمة ، ص ٢٧٨ و ٢٨٢ .

ولئن سلمنا أنه يملك مراجعتها ، ولكن لم قلّم إن النص يقتضى أنه يملك مراجعتها بغير رضاها ؟ .

ولئن سلمنا أنه يملك مراجعتها بغير رضاها ، ولكن لم قلّم بأن ذلك يقتضى بقاء النكاح ؟ .

قوله : لو كان النكاح زائلا ، لكان هذا إنشاء النكاح من غير رضاها - قلنا : لا نسلم ، بل يكون هذا فسخا للطلاق ، ومن ضرورة فسخ الطلاق عود النكاح ، كالأمة إذا وهبها مولاها من زوجها / يزول النكاح ، فإذا رجع في هبته يعود النكاح من غير إنشاء - كذا هنا .

١/٤٤

ولئن سلمنا أن حق الرجعة يدل على قيام النكاح ، ولكن تسميتها « مطلقة » يدل على زواله ، لأن الطلاق ضد النكاح .

ولئن سلمنا أن النكاح قائم من كل وجه ، ولكن لم قلّم بأنه يحل وطؤها - ألا ترى أن الوطء حالة الحيض والنفاس والظهار حرام مع قيام النكاح ؟ .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على حل الوطء ، ولكن ههنا دليل يدل على حرمة الوطء ، لأننا أجمعنا على أنه لا يحل للزوج الخلوة معها والمسافرة معها ولو جاءت بولد إلى ستين يثبت النسب ولا يصير مراجعا ولو لم يحرم الوطء لصار مراجعا .
الجواب :

قوله : لفظ الرد يدل على زوال النكاح - قلنا : لا نسلم - بيانه : وهو أن الرد إعادة لها إلى الحالة الأولى فيقتضى تبدل الحالة ، لا زوال النكاح .

قوله : لم قلّم بأن النص يقتضى مراجعتها بغير رضاها - قلنا : لأن النص يقتضى مراجعتها ، فنحننا : يحل وطؤها ، وعندكم يجوز عقد النكاح عليها من غير رضاها ، فانتقد الإجماع على أن رضاها ليس بشرط .

قوله : بأن الرجعة فسخ الطلاق - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما : أن الطلاق لا يحتمل النسخ ، لأنه إسقاط ، وإسقاط الإسقاط لا يتصور ، بخلاف مسألة الحية : فإن الملك قائم فيتصور فسخه .

والثاني - إن كان الطلاق قابلاً للنسخ ، ولكن الدليل ينفي ذلك ، لما فيه من إعادة الملك عليها بدون رضاها .

قوله : تسميتها « مطلقة » يدل على زوال النكاح - قلنا : تسميتها « مطلقة » ترك العمل بحقيقتها بالإجماع ، لأن المطلقة مرتفعة القيد من كل وجه ، والقيد ههنا باق من وجه بالإجماع .

وأما حرمة الوطء بسبب الظهار والحيض - قلنا : الخلاف في الحرمة بسبب زوال الملك ، فإن الوطء في حالة الحيض والنفاث والظهار / ليس يحرم إنما المحرم شيء آخر . ٢/٤٤

وأما الخلوة - قلنا : إن كانت المراجعة قصده محل ، وإلا فيكره ، لأنه ربما يقع نظره عليها بالشهوة ، فيصير^(١) مراجعاً بغير اختياره ثم يطلقها ، فيؤدى إلى تطويل العدة عليها ، فتتضرر بذلك .

وأما المسافرة - يملك ذلك : إن كان من قصده المراجعة محل وإلا فيكره ، لأنه ربما تنقضى عدتها ، فتبقى مع غير محرم .

وأما إذا جاءت بولد لستين : إنما لا يصير مراجعاً ، لأنه يحتمل أنه حصل بوطء قبل الطلاق ، فلا يصير مراجعاً . ويحتمل أنه حصل بوطء بعد الطلاق فيصير^(٢) مراجعاً ، فلا تثبت الرجعة بالشك والاحتال ، حتى لو زال هذا الاحتال : إن جاءت بولد لأكثر من ستين يثبت النسب ويصير مراجعاً .

٥١ - مسألة : إذا طلق امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً ، فمات وهي في العدة - ترث .

(١ - ٢) في الأصل : « فيصير » .

والوجه فيه - أنه قصد إبطال حقها ، فلا يطل حقتها في الإث .
وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إبطال النكاح ، والنكاح سبب حقها أو شرط حقها ،
والسبب هو الموت ، وإبطال سبب حق الغير أو شرط حقه إضرار به ، فوجب الحكم
بتأخير عمل الطلاق في هذا الحكم إلى ما بعد انقضاء العدة دفعا للضرر .

فإن قيل : قولكم بأنه قصد إبطال النكاح ، والنكاح سبب حقها - قلنا : لا
نسلم ، بل سبب حقها هو الموت ، ولا يمكن إبطاله .

ولكن سلمنا أنه إبطال سبب حقها ، ولكن قصدا وابتداء أم ضمنا وبقاء ؟ (١)
ع م - فصار كإعتاق العبد المشترك (٢) ، والطلاق في الصحة .

ولكن سلمنا أنه إبطال السبب ، ولكن إبطال سبب اتصل به حكم أم لا ؟ ع م -
ولكن سبب لم اتصل به حكم منع من الوصول إلى النفع (٣) ، فلا يمنع - كما إذا قال
لعبده : « إذا جاء غد فأنت حر » ، ثم باعه قبل الغد ، يجوز - كذا هنا .

١/٤٥ ولكن سلمنا أنه / إبطال حقها وهو حرام - ولكن لم قلم بأنه لم يترتب عليه حكمه
كإرسال (٤) الثلاث على مذهبكم .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنها ترث ، ولكن هنا دليل يأبى ذلك ، لأن
النكاح قد ارتفع ، فلا ترث ، بدليل أنه لو وطئها يجب عليه الحد ، ولو ماتت المرأة لا
يرث الزوج ، ولو كان الطلاق بسؤالها لا ترث ، ولا ترث بعد انقضاء العدة .

(١) هذه الكلمة غير واضحة فقد تكون كذلك « بقاء » وقد تكون « تبعا » . وقد رجحنا
« بقاء » لمقابلتها لكلمة « ابتداء » .

(٢) راجع : « الإعتاق بين الشريكين أو الشركاء » في التحفة ، ٢ : ٣٨٩ وما بعدها .

(٣) في الأصل كذا : « الجمع » . ولعلها ما أثبتناه في المتن .

(٤) هذه الكلمة « كإرسال » غير واضحة . وراجع فيما تقدم « مسألة إرسال الطلقات
الثلاث جملة حرام » رقم ٤٦ ص ١١١ - ١١٣ .

الجواب :

قوله : سبب حقها هو الموت ولم يوجد - قلنا : الموت وإن لم يوجد ، ولكن وجد سببه وهو المرض ، والمرض سبب سبب الإيثار ، فيضاف الإيثار إليه بواسطة ، وإبطاله ممنوع عنه ، لأن مرض الموت إذا كان سببا ، كان النكاح شرطا للإيثار ، فأبطاله يكون حراما - لما مر .

قوله : قصدا أم ضمنا - قلنا : وإن كان ضمنا ولكن أمكن إثبات حقها بأن نقول : يبطلان النكاح فيما يرجع إلى حق الزوج ، وبقاء النكاح فيما يرجع إلى حق المرأة - بخلاف إعتاق العبد المهرن والمشترك ، فإنه لا يمكن .

قوله : هذا إبطال سبب اتصال به حكمه أم لم يتصل ؟ قلنا : سواء اتصل به حكمه أم لم يتصل ، فأبطال سبب حق الإنسان ممنوع ، لكونه إضرارا .

وأما إذا قال لعبده : إذا جاء غد فأنت حر - فهذا ليس بسبب في الحال ، بل عند وجود الشرط - على ما عرف .

قوله : لم قلم بأنه لم يترتب عليه حكمه ؟ - قلنا : لأنه إضرار .

أما فصل الحد^(١) - فخرجه ما مر في مسألة نكاح الأخت^(٢) .

وإنما لا يرث الزوج ، لأن النكاح ارتفع في حقه ، لأنه رضى به .

أما إذا طلقها بسؤالها ، فقد رضيت ببطلان حقها ، فيبطل .

وأما إذا انقضت العدة - قلنا : ثمة لم يكن القول ببقاء النكاح أصلا ، لارتفاع أحكامه - أما ههنا بخلافه .

(١ - ٢) المقصود به « فصل الحد » قوله فيما تقدم (ص ١٢٤) قبل الجواب : « ... بدليل أنه لو طلقها يجب عليه الحد » - وراجع فيما تقدم ص ٩٢ - ٩٤ مسألة « نكاح الأخت في عدة الأخت عن طلاق بائن لا يجوز » .

وأما الطلاق في حال الصحة إنما يقع ، لأنه ليس بقاطع لحقها في الإرث .
والله أعلم .

٢/٤٥

٥٢ — مسألة: إذا قال / لامرأته قبل أن يدخل بها : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالقي وطلاتي - فدخلت الدار قبل الدخول بها ، لا يقع إلا تطليقة واحدة .
والوجه فيه - أنه علق الثلاث بالشروط بحرف الواو للجمع المطلق فعلا . والجمع المطلق قد يكون بصفة الترتيب ، وقد يكون بصفة القران عرفا . كما إذا قال : جاءني زيد وعمر ويكر ، فإنه يستعمل للقران والترتيب جميعا .

فعلى تقدير أن يكون للقران يقع الثلاث ، وعلى تقدير أن يكون للترتيب لا يقع إلا واحدة ، فلا يقع الثلاث بالشك . كما إذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالقي ثم طالقي .
فإن قيل : لا نسلم بأن المذكور ههنا يحتمل الترتيب ، وهو لأن التعليق للنزول عند الشرط ، ونزول الثلاث بصفة الترتيب غير متصور ، فلا يحتمل الترتيب في التعليق - بخلاف قوله ثمة ، فإنه ليس بتعليق الثلاث بل هو تعليق الواحدة .

ولئن سلمنا أن المذكور يحتمل الترتيب ، ولكن إنما يبقى احتمال الترتيب إذا لم يكن القران مرادا ، وههنا صار القران مرادا ، بدلالة اللفظ ، لأنه يتوقف أول الكلام على آخره - دل عليه أنه لو قدم الجزء بأن قال : أنت طالقي وطلاتي إن دخلت الدار - صار القران مرادا ، لما ذكرنا - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن احتمال الترتيب قائم - ولكن لم قلّم بأنه معتبر ، وإنما يكون معتبرا إذا لم يكن محلا بغرضه ، وإنه محل بغرضه ، لأن غرضه من تعليق الثلاث نزول الثلاث عند الشرط مطلقا ، والترتيب يمنع غرضه ، فلا يعتبر .

ولئن سلمنا أنه معتبر ، ولكن لم قلّم بأنه لا يقع الثلاث . وهذا لأنه عطف الثاني والثالث على الأول ، والعطف يقتضي الاشتراك ، فصار كما إذا قال لها : إن دخلت الدار

فأنت طالق واحدة ونصف واحدة ، فدخلت - يقع ثنتان .

وكذا لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ، لا بل اثنتين ، فدخلت يقع الثلاث .

أو فرق في ثلاثة أيام ، يقع الثلاث - كذلك هذا .

الجواب :

قوله : / بأن نزول الثلاث بصفة الترتيب غير متصور ، فلا يحتمل الترتيب في التعليق ١/٤٦ - قلنا : تعليق الثلاث يفترق إلى احتمال النزول في الجملة لا إلى النزول لا محالة . بدليل أنه لو قال : إن كلمت فلانا فأنت طالق يصح ، وإن مات فلان . واحتمال النزول ههنا ثابت في الجملة ، حتى لو دخل بها ثم دخلت الدار يقع الثلاث وذلك يكفي لصحة التعليق .

قوله : توقف أول الكلام على آخره - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه لم يتوقف بدليل أنه لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق - لا يتوقف أول الكلام على آخره ، بخلاف ما إذا قدم الجزء لأنه تعين أول كلامه أصلا وإنه تنجيز ويصير تأخير تعليقا .

قوله : احتمال الترتيب محل بغرضه - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الغرض من تعليق الثلاث نزول الثلاث . وذلك على نوعين : أحدهما - أن نزول الثلاث عند الشرط قبل الدخول بها . والثاني - بعد الدخول بها فلا محل للغرض ، لأنه قد قصد نزول الثلاث على تقدير الدخول بها .

قوله : بأن العطف يقتضي الاشتراك - قلنا : يقتضي الاشتراك المطلق ، وهو أن يشارك الثاني الأول بأن يتعلق بهين ما يتعلق به الأول .

وأما قوله : واحدة ونصف واحدة بمنزلة قوله « ثنتان » لا أن يكون عطف النصف على الواحدة .

وأما إذا قال واحدة لا بل اثنتين - قلنا : هذا ليس بعطف وجمع ، بل هو رجوع عن الأول - أما ههنا بمخلقه .

٥٣ - مسألة : إذا قال لأمرأته : « أنا منك طالق » لا يقع الطلاق ، وإن نوى ، خلافا له .

وأجمعوا على أنه لو قال : « أنا منك بائن » أو « أنا عليك حرام » : إذا نوى ، يقع .

والوجه فيه - أن حكم الطلاق لو ثبت في المرأة لا يخلو : إما أن يثبت ابتداء أو بناء على ثبوته في الرجل :

لا وجه للأول - لأنه ما أضاف الطلاق إلى المرأة .

ولا وجه للثاني - لأنه لم يثبت حكم الطلاق في الرجل ، لأن حكم الطلاق زوال القيد / ولا قيد على الرجل ، فلا يثبت بناء . ٢/٤٦

فإن قيل : لا نسلم بأنه لا يثبت حكم الطلاق في المرأة ابتداء .

قوله : ما أضاف الطلاق إلى المرأة - قلنا : حقيقة أم مجازا ؟ م ع . وبيان المجاز من وجهين :

أحدهما - أن يجعل قوله « أنا منك طالق » مجازا عن قوله « أنا منك بائن » .

والثاني - أن يجعل مجازا عن قوله « أنت منى طالق » لما بينهما من الاتصال .

ولكن سلمنا أنه لا يثبت حكم الطلاق في المرأة ابتداء ، لم قلتم بأنه لا يثبت بناء ؟ .

قوله : بحكم الطلاق لا يثبت في الرجل ، لأنه إزالة القيد - قلنا : هذا كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ ع م . وهذا لأن حل الاستمتاع أيضا من أحكام الطلاق ، وأنه ثابت في الرجل للمرأة بالنكاح .

ولئن سلمنا أن هذا كل حكم الطلاق ، ولكن لم نعلم بأنه لا قيد على الرجل ؟ -
وبيناه : وهو أنه مقيد بسبب الإنفاق عليها ، محجور عن التزوج بأختها وأربع سواها وعن
التزوج بمحارمها وعن نكاح الأمة عليها .

الجواب :

قوله : طريق المجاز موجود بين اللفظين - قلنا : لا نسلم بأن ما ذكره من الوجهين
طريق المجاز .

ولئن سلمنا أنه وجد طريق المجاز - ولكن إنما يحمل اللفظ على المجاز إذا تعلد
حملة على الحقيقة . وههنا أمكن حملة على الحقيقة ، لأن قوله « أنا منك طالق » إخبار
عن كونه منطلقاً عن قيدها ، وهو صادق فيه ، لأنه لا قيد عليه منها ، فلا حاجة إلى
المجاز .

قوله : هذا كل حكم الطلاق أم بعضه ؟ قلنا : الجواب عنه ما مر في مسألة إضافة
الطلاق (١) .

قوله : لم نعلم بأن قيد النكاح والحجر غير ثابت في الرجل ؟ قلنا : لأن الدليل ينفي
القيد على الحر ، إلا أننا توافقنا على ثبوت القيد في جانب المرأة ، فقيما عداها تنمسك
بقضية (٢) الدليل .

قوله بأنه مقيد بما ذكر من الأحكام - قلنا : المعنى من القيد أن يكون عاجزاً عن
الانطلاق ، والرجل غير عاجز عن الانطلاق ، لأنه قادر على (٣) إزالة هذه القيود ،
لأن الطلاق في يده ، ولا كذلك المرأة / ، لمجزمها عن تطبيق نفسها شرعاً . ٤٧
والله أعلم .

(١) راجع فيما تقدم : مسألة إضافة الطلاق ، رقم ٤٤ من ١٠٥ - ١٠٧ .

(٢) في الأصل قلنا : « بقضيه » .

(٣) في الأصل : « عن » وفي غتار الصحاح : « قدر على » وفي القرآن الكريم ﴿ لا يقدر

على شيء ﴾ النحل : ٧٥ و ٧٦ وغيرها .

(طريقة الخلاف في الفقه - م - ٩)

٥٤ - مسألة: ظهر الذمي لا يصح حتى لا يحرم الوطء أصلا .

والوجه فيه - أن حرمة الوطء لو ثبتت موجبا للظهار في حق الذمي - إما أن تثبت مطلقا ، أو مؤقتا إلى غاية التكفير بالصوم .

لا وجه للأول - لأن الظهار ، حيث شرع ، ما شرع على وجه يفيد حرمة الوطء أصلا ، بل مؤقتا .

ولا وجه للثاني - لأن الذمي ليس بأهل للتكفير بالتحريم^(١) ، لأن خلفه الصوم^(٢) ، والصوم عبادة ، والذمي ليس من أهل العبادة ، لأن حكم العبادة الثواب ، وهو ليس من أهله .

فإن قيل : قولكم بأنه لا يثبت حرمة الوطء في حق الذمي مطلقا - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن الظهار ما شرع على وجه يفيد الحرمة مطلقا لا مؤقتا - قلنا : في حق الذمي أم في حق المسلم ؟ ع م .

ولئن سلمنا أنه لا يثبت مطلقا - لم قلّم إنه لا يثبت مؤقتا إلى غاية التكفير ؟ .

قوله : الذمي ليس بأهل لذلك - قلنا : ليس بأهل لتحرير هو عبادة أم لتحرير ليس بعبادة ؟ م ع وهذا لأن الكافر أهل للتحرير حتى يثبت له الولاية ، وإن لم يكن أهلا لخلفه وهو الصوم ، كما هو أهل للوضوء دون التيمم .

ولئن سلمنا أنه ليس بأهل للتحرير - لم قلّم بأنه ليس بأهل للصوم ؟ .

(١) قال تعالى في سورة المجادلة : ٣ ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية ﴾ وتحرير الرقية عتقها - غتار الصحاح والمعجم الوسيط - راجع ، السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣١٧ وما بعدها ، إذ قال : ومن شرائط صحة الظهار أن يكون المظاهر مسلما - انظر الهامش التالي .

(٢) قال تعالى : ﴿ فمن لم يجد (رقية ليحررها) فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ... ﴾ المجادلة : ٤ - راجع فيما تقدم الهامش ١ .

قوله : الصوم عبادة - قلنا : لم قلتم بأن هذا الصوم عبادة ؟ .

ولكن سلمنا أنه عبادة ، ولكن لم قلتم بأنه ليس بأهل لها ؟ .

قوله : حكم العبادة الثواب - قلنا : حكم هذه العبادة لا مسلم ، بل حكمها انتفاء حرمة الطهارة .

ولكن سلمنا أن حكمها الثواب ولكن ثواب هو الجنة أم تكفير ذنب الطهارة ؟ ع
م . ولكن الذمي أهل لتكفير ذنب الطهارة لأن الطهارة كان طلاقاً في الإتياء ، والذمي أهل للطلاق ، ولأننا أجمعنا على أن المسلم إذا ظاهر من امرأته ثم ارتد بقي الطهارة ، حتى لو كفر ثم أسلم يجوز . ولأنه أهل للإتياء^(١) .

٢/٤٧

/ الجواب :

قوله : حرمة الطهارة لا تثبت مطلقاً في حق المسلم أم في حق الذمي - قلنا : هذا التقسيم ضائع ، لأن حكم الطهارة في ذاته لا يختلف بالإضافة إلى شخص دون شخص - دل عليه أنه لا يزيل ملك النكاح بالإجماع ، فلا يفيد الحرمة المطلقة .

قوله : الذمي ليس بأهل لتحرير هو عبادة أم لتحرير ليس بعبادة^(٢) - قلنا : الذمي ليس بأهل للتحرير الذي ينتهي به الجريمة . وإذا لم يوجه ينتهي بالصوم . ويقوم الصوم مقامه ، لأنه حكم الطهارة حرمة تنتهي بوجود الصوم عند انعدام الرقة والذمي ليس بأهل لذلك .

قوله : لم قلتم بأن هذا الصوم عبادة - قلنا : لأن الصوم لم يشرع إلا عبادة مقرونة بنية التقرب إلى الله تعالى ، وإنه ليس بأهل له .

قوله : لم قلتم بأن حكم هذه العبادة الثواب - قلنا : لأن كل صوم سبب لاستحقاق

(١) الإتياء في اللغة التبع ، وفي الشرع عبارة عن التبع على ترك الوطء في الزوجة مدة مخصوصة (أربعة أشهر) ، بحيث لا يمكن الوطء إلا بحث يلزمه بسبب التبع . ويجوز الإتياء من الذمي أيضاً - انظر السمرقندي ، الصفحة ٢ ، ٣٠٥ وما بعدها .

(٢) في الأصل قلنا : « بعباد » .

الثواب بقضية النصوص .

قوله : ثواب هذه العبادة تكفير ذنب الظهار - قلنا : تكفير الذنب لا يكون ابتداء ، بل بواسطة كونه سببا للثواب ، حتى يصير ما استحقه من الثواب مقابلا بما استحقه من العقاب .

قوله : حكم الظهار كان طلاقا في الابتداء - قلنا : بلى ، ولكن قد انتسخ ذلك في حق المسلم والذمي جميعا بالإجماع .

وأما إذا ظاهر ثم ارتد : فعند أبي يوسف ومحمد بطل الظهار . وعند أبي حنيفة لا يبطل الظهار ، لأنه صح لشرطه ، وهو الإسلام ، والردة لا تمنع بقاءه . وأما صحة التكفير عند أبي حنيفة لا يصح^(١) .

وأما الإلهاء [فـ] يصح في حق الطلاق لا في حق الكفارة^(٢) .

٥٥ - مسألة: المختلعة^(٣) يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة^(٤) .

والوجه فيه - أنه قصد إيقاع التصرف تطليقا ، في محل قابل للتطليق ، فوجب أن يقع ، قياسا على ما بعد الطلاق الرجعي .

وبيان أنه قصد - أن صحة القصد ثابتة . ودليل القصد ثابت ، وهو الإقدام .

وبيان أن المحل قابل - لأن المحل القابل للتطليق محل فيه قيد النكاح ، وقيد النكاح

(١) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣١٦ وما بعدها .

(٢) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٠٥ وما بعدها .

(٣) خالعت المرأة بطلها أروادته على طلاقها يدل منها له . فهي خالعة . وقد تحالما واختلعت فهي مُختلعة - مختار الصحاح . وانظر السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٢٩٩ وما بعدها .

(٤) قال أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم في « أحكام الأحوال الشخصية » طبعة ١٩٢٥ في آخر البند ٤٥١ ص ٣١٠ : « ٤ - والمختلعة يلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا خلافا للأئمة الثلاثة » .

قائم ، لأن أثره قائم ، وهو المنع من الخروج والتزوج بزواج آخر / .

١/٤٨

فإن قيل : لا نسلم بأن الحمل قابل .

قوله : لأن أثره قائم ، وهو المنع من الخروج - قلنا : لا نسلم بأن هذا أثر قيد النكاح بل هو حكم الوطء .

ولئن سلمنا أن الأثر قائم - ولكن لم قلتم بأن المؤثر قائم ؟ .

ولئن سلمنا أن قيام هذا الأثر يدل على بقاء قيد النكاح ، ولكن الخلع يدل على زواله بأبلغ الوجوه .

والدليل على زواله الأحكام :

منها - وجوب الحد إذا وطئها .

ومنها - إذا قال : كل امرأة لي طالق ، لا يدخل المختلعة .

ولو قال لامرأته : كل امرأة أتزوجها عليك طالق - فخالعها ، ثم تزوج ، لا يبحث .

ولئن سلمنا أن قيد النكاح قائم ، ولكن حقا للشرع أم حقا للعبد ؟ م ع . والدليل على أنه حق للشرع أنه لا يسقط بإسقاطه ، والقيد الثابت لحق الشرع لا يكون محلا للطلاق ، كما في النكاح الفاسد . وصار هذا كما إذا قال لها : « أنت بالن » فإنه لا يلحقها .

الجواب :

أما الجواب عن الأول والثاني - ما مر في مسألة نكاح الأخت^(١) .

وكذلك الجواب عن مسألة الحد^(٢) .

وأما مسألة الطلاق - قلنا : أضاف الطلاق إلى امرأة مضافة إليه مطلقا ، فيقتضى قيام النكاح ، في حق جميع الآثار .

(١ - ٢) راجع فيما تقدم « مسألة - نكاح الأخت .. » رقم ٣٩ من ٩٢ - ٩٤ .

وكذلك المسألة الثالثة، لأن شرط الطلاق الزوج عليها مطلقا .

وأما قوله : بقى حقا للشرع أم حقا للعبد - قلنا : حقا للعبد لا وسيلة إلى حقه وهو الولد . إلا أنه تأكد لحق الشرع ، حتى لا يزول بإزالة الزوج .

وأما إذا قال لها : « أنت بائن » - قلنا : هذا يقتضى قيام وَصْلَةٍ (١) النكاح والحل الثابت بالنكاح ، وقد زالت الوُصْلَة وفات الحل بالخلع ، فلا يصح للإهانة والتحریم . أما الطلاق - [فـ] يقتضى قيام القيد ، وإنه قائم - على ما مر .

٥٦ - مسألة : إذا قال الرجل لامرأته : « طلقى نفسك واحدة » فطلقت ثلاثا - لا يقع شيء .

٢/٤٨ والوجه فيه - أن المأثى (٢) / به غير ما فوض إليها فيلغو . كما إذا قال لها : « طلقى نفسك » - فقالت « اخترت نفسي » ، وإنما قلنا ذلك ، لأن المفوض إليها واحدة مفردة مقصودة وإنما أنت بواحدة ، هي بعض الثلاث ، وتبع لها ، والواحدة التي هي بعض الثلاث ، غير الواحدة المفردة المقصودة ، فكان المأثى به غير ما فوض إليها ، فلا يقع .

فإن قيل : قولكم بأن المفوض إليها واحدة مفردة وأنها أنت بواحدة هي بعض الثلاث - قلنا : لا نسلم بل المفوض إليها واحدة مطلقة ، لأنه أطلق اللفظ إطلاقا ، والمطلق يتناول الواحدة المفردة والواحدة التي هي بعض الثلاث ، كاسم الرقة (٣) يتناول الهندية والتركية .

(١) راجع فيما تقدم للمامش ٢ ص ١٢٥ .

(٢) الإتيان الجيء . قال تعالى : ﴿ إنه كان وعده مأتيا ﴾ مريم : ٦١ أى آتيا . وتقول : أتيت الأمر من مأتاه يعنى من وجهه الذى يؤتى منه ، وأتى الأمر فعله - مختار الصحاح والمعجم الوسيط .

(٣) الرقة المُتَّق . وجعلت في التعارف اسما للمملوك أو المكاتب تقول : أعنت رقة : عبدا أو أمة - المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

ولئن سلمنا أنهما متغايران هـ ، ولكن وصفا أم ذاتا ؟ م ع . فلم قلتم بأن المتغايرة وصفا تمتع وقوع الطلاق ؟ .

والدليل على أنه لا تمتع أنه لو قال لها : طلقي نفسك ثلاثا ، فطلقت واحدة ، يقع .

ولئن سلمنا أن المتغايرة في الوصف مانعة ، ولكن هذا تغاير يخل بفرض الأمر أم لا ؟ ع م . وهذا لأن غرضه إيقاع الطلقة الواحدة ، وأنه حاصل بتلك الواحدة بهذه ، لاتحاد أحكامهما ، كما إذا وكله ببيع عبده بألف ، فباعه بثلاثة آلاف .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه لا يقع ، ولكن ههنا دليل آخر يأتي ذلك ، وذلك أنا أجمعنا على أنه لو طلق زوجته ألفا ، يقع ثلاثا ، وإن كان الزوج ملكه الشرع ثلاثا .

وكذلك لو قالت في هذه المسألة : « طلقت نفسي واحدة واحدة » يقع واحدة - كذا هذا « إذ (١) الجمع يحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع .

وكذا إذا أمر إنسانا أن يضرب عبده سوطا ، فضربه ثلاثا فمات ، سقط عنه ثلثا (٢) القيمة .

الجواب :

قوله : المفوض إليها واحدة مطلقة - قلنا : المفوض إليها واحدة مقصودة مفردة ، وهي غير الواحدة التي هي بعض الثلاث ، فلا يقع .

قوله : تغايرا ، وصفا أم ذاتا ؟ - قلنا : وإن تغايرا وصفا ، ولكن التغاير من حيث / الوصف يمنع النفاذ ، لأنه غير ما أمر به وصفا ، فلا يتناول الأمر ، بخلاف ما إذا قال : « طلقي نفسك ثلاثا » فطلقت واحدة ، لأن الثلاث صارت مملوكة لها ، فإذا أنت بالواحدة ، فقد أوقعتها عن ملك .

(١) في الأصل : « إذا » .

(٢) يظهر أنها كانت : « ثلث » ثم جعلت « ثلثا » .

قوله : هذا تغاير يحل بغرض الأمر أم لا ؟ - قلنا : يحل بغرضه ، لأنه لا يخلو : إما أن تقع الواحدة مقصودة ، أو تبعا للثلاث - لا وجه للأول ، لأنها ما أتت بها . ولا وجه للثاني ، لأن^(١) الواحدة التي هي تبع للثلاث لا يتصور وقوعها بدون الثلاث ، إذ لو وقع [ت] بدون الثلاث تقع^(٢) مقصودا ، بخلاف التوكيل ، لأنه مخالفة إلى خير . أما إذا طلقها ألفا ، فقد أتى بالثلاث مقصودا لا تبعا للألف ، لأنه إنما يكون تبعا أن لو كان الألف مشروعا ، كما إذا طلقها ثلاثا وتكلم بكلمة لغو بعده .

وأما إذا قالت : « طلقت نفسي واحدة واحدة » لأنها إذا أتت بالواحدة ، انتهى الأمر ، فيلغو^(٣) كلامها بعده .

والله أعلم .

٥٧ - مسألة : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : المتهدة عن طلاق رجعى إذا كانت أيام حيضها دون العشرة ، فانقطع الدم في أثناء الحيضة الثالثة ، لا تنقطع الرجعة بمجرد التيمم ، خلافا للباقيين^(٤) .

والوجه فيه - أن انقطاع الرجعة معلق بشرط حصول الطهارة ، ولم تحصل الطهارة بمجرد التيمم ، فلا تنقطع ، قياسا على ما قبل التيمم .

وإنما قلنا ذلك - لأن انقطاع الرجعة معلق بانقضاء العدة ، وانقضاء العدة معلق بالخروج عن الحيضة الثالثة ، والخروج عن الحيضة الثالثة معلق بحصول الطهارة ، ولم تحصل الطهارة ، لأن كون التيمم طهارة معلق بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة ، ولم يوجد هذا الشرط ، فانعدمت الطهارة .

(١) في الأصل : « لأنه » .

(٢) « تقع » غير واضحة في الأصل .

(٣) في الأصل كذا : « فيلغوا » .

(٤) انظر : السمرقندي ، النخبة ، ٢ : ٢٦٤ وما بعدها . وفيه (ص ٢٦٥ - ٢٦٦) :

« وعند محمد وزفر : تنقطع - والمسألة معروفة » .

فإن قيل : قولكم بأن كون التيمم طهارة معلق بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة - قلنا : لا نسلم .

وهذا لأنه لو كان كذلك ، يؤدي إلى إسناده باب الصلاة بالتيمم ، لأنه لا صلاة إلا بالطهارة .

والدليل على أن التيمم طهارة مطلقاً ، / الكتاب ، والسنة ، والمعقول ، والحكم . ٢/٤٩

أما الكتاب - قوله تعالى : ﴿ فلم نجدوا ماء فميموا (الآية) ﴾ ^(١) .

وأما السنة - قوله عليه السلام : « التراب طهور المسلم » ^(٢) .

وأما المعقول - أن التيمم تخلف الماء ، وللتخلف حكم الأصل .

وأما الأحكام - أجمعنا على أنه يباح له قراءة القرآن ، ومس المصحف ، ودخول المسجد .

وصار كما إذا اغتسلت بسور الحمار ^(٣) ، أو اغتسلت ^(٤) ، وفي لُمة ^(٥) لم يصيبها الماء ، فإنه تنقطع الرجعة . وكالكفاية إذا انقطع دمها ولم تجد الماء .

(١) النساء : ٤٣ . والمائدة : ٦ : ﴿ أو لاسم النساء فلم نجدوا ماء فميموا صعيداً طيباً ﴾ : وفي الأصل : « فإن لم نجدوا ... » .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ١٠٧ ص ١٨ : « عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « ... وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فأيما رجل أدركته الصلاة فليصل » وفي حديث حذيفة عند مسلم : « وجعلت تربتها لنا طهوراً إذا لم نجد الماء » وعن علي عند أحمد : « وجعل التراب لي طهوراً » . وانظر : سبل السلام ، ١ : ١٥١ وما بعدها .

(٣) من السور المشكوك في طهارته سور الحمار والبلبل في جواب ظاهر الرواية ، وعن الكرمي أن سورهما نجس . وقال الشافعي : طاهر - السمرقندي ، التحفة ، ١ : ١٠٣ . وانظر ما يلي والهامش ١ ص ١٣٨ .

(٤) في الأصل : « لو اغتسلت » .

(٥) اللُمة الموضع لا يصيبه الماء في الوضوء أو الغسل والجمع تُنعم وليباع - المعجم الوسيط .

ولكن سلمنا أن كونه طهارة معلق بما ذكرتم ، ولكن الكلام فيما إذا وجد ذلك الشرط ، بأن تيممت وصلت ، ولم تجد الماء ، وكان الزوج راجعها قبل الصلاة .

الجواب :

أما قوله : كون التيمم طهارة معلقا بشرط عدم الماء ، إلى آخر الصلاة ، يؤدي إلى انسداد باب الصلاة بالتيمم - قلنا : حكمتنا بحصول الطهارة قبيل الشروع في الصلاة ، على خلاف الدليل ، لأن الدليل ينفي كون التيمم طهارة ، لأن الحدث قائم به مع التيمم . بدليل أنه إذا رأى الماء في خلال الصلاة يظهر حكم الحدث .

أما الآية - قلنا : يجرى التيمم مقيدا بحالة الصلاة .

وكذا الحديث - على أنه مقيد بعدم الماء ، ولا يتحقق العلم إلا بعد الفراغ من الصلاة ، لما ذكرنا .

قوله : بأن التيمم تخلف عن الماء - قلنا : بلى - ولكن بشرط عدم الماء إلى آخر الصلاة ، لما ذكرنا .

وأما الأحكام فمنوعة : ولكن سلمت ، فلحصول الطهارة في حق الصلاة ضرورة . وهذه الأحكام من لوازم الصلاة .

وأما سور الحمار - فمشكوك في طهارته لتعارض الأدلة ، فرجعنا جانب انقطاع

الرجعة احتياطاً (١)

(١) قال في النخبة ، ٢ : ٢٦٤ - ٢٦٥ : « ولو اغتسل بسور حمار : فلا تصح الرجعة ولا تحمل للأزواج ، لأن سور الحمار مشكوك فيه . فكان الاحتياط في باب الحرمة أن لا تصح الرجعة ، ولا تحمل للأزواج .

ولو اغتسل وبقي في بدنها عضو ، كانت له الرجعة . وإن كان أقل من عضو فلا رجعة . وهذا استحسان ، والقياس أنه إذا بقي أقل من عضو أن تبقى الرجعة ، لأن الحدث باق ، حتى لا تحمل لها الصلاة . هكذا روى عن أبي يوسف ، وقال محمد : الاستحسان في العضو أنه لا تنقطع الرجعة ، والقياس أنه تنقطع كما في المضمضة والاستنشاق - إلا أنهم استحسنا وقالوا : لا تنقطع الرجعة لأن وجوب غسل العضو مجمع عليه ، فلا يكون الاتصال محيراً معه ، كما لو زاد على العضو » .

وأما إذا بقي لُثْمَةٌ - قلنا : يحتمل أنه أصابها الماء ثم جف .
وأما الكتائية - فالتيمم ما جعل طهوراً في حقها أصلاً ، لأنه لا يصح بلون النية ،
وهي ليست بأهل للنية .
قوله : الكلام فيما إذا وجد هذا الشرط ، وهو عدم الماء إلى آخر الصلاة - قلنا :
بلى ، ولكن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، كالطلاق/المعلق بدخول الدار . ١/٥٠ .
والله أعلم .

٥٨ - مسألة : قال أبو حنيفة وأصحابه : العتقان^(١) تتداخلان ، وهو مذهب
معاذ بن جبل وجابر بن عبد الله .

وقال الشافعي : لا يتداخلان - وهو مذهب عمر وعقل .
وهي ما إذا وطئت المنكوحة بشبهة حتى وجبت عليها العدة ، ثم طلقها الزوج حتى
وجبت عليها عدة أخرى - انقضت بعدة .
والوجه فيه - أن العدة الواحدة تسد مسد العدد في حق استيفاء المصلحة المطلوبة
من العدة ، فوجب أن يكفى بالواحدة ، قياساً على الحدود وآجال الديون .

وإنما قلنا ذلك - لأن المصلحة المطلوبة من العدة تُعرف براءة الرحم وصيانة الماء
المحترم عن الاختلاط ، تحصيلاً للولد الموثوق^(٢) به : أنه منه ، والعدة الواحدة تصلح
طريقاً لذلك ، بدليل شرعيتها له في سائر الصور .

فإن قيل : قولكم بأن المصلحة المطلوبة من العدة تُعرف براءة الرحم - قلنا : لا
نسلم أن العدة وجبت لهذا المعنى - تدل عليه أنها تجب على الصبية والأيمى وإن لم
يكن شغل رحم . وكذلك لو قال لأمراؤه : « إذا وضعت جميع ما في بطنك فأنت

(١) في الأصل كذا : « العتقان » - انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٦٦ - ٣٦٧ .

(٢) كذا تبدو .

طالق » ، فوضعت ، يقع عليها الطلاق وتجب العدة ، وإن حصل فراغ الرحم بالكلية .

ولئن سلمنا أن العدة وجبت لهذا المعنى ، ولكن له فقط أم له ولغيره ؟ م ع . ولكن لم قلم بأن ذلك الغرض الآخر يحصل بالواحدة ؟ .

والدليل على أن العدة ما وجبت لما ذكرتم فقط ، أنه لا يكتفى بالحليضة الواحدة - ولو كان ما ذكرتم كل الغرض ، لاكتفى به كما في الاستبراء^(١) .

ثم نقول : ما ذكرتموه قياس ، والعدد من جملة المقدرات المنصوصات ، فلا تعرف بالقياس .

الجواب :

قوله : لم قلم إن العدة وجبت لهذا المعنى - قلنا : لأنه مناسب .

وأما الصبية والآيسة - قلنا : الصبية التي تحمّل الوطء / تحمّل المُلُوق^(٢) . وكذلك الآيسة : احتمال المُلُوق فيها ثابت ، لوجود دليل هو الشغل والمُلُوق ، وهو الوطء : إقامة للسبب مقام المسبب .

وأما إذا قال لها : إن وضعت جميع ما في بطنك فأنت طالق - قلنا : إنما يقع الطلاق إذا علمت أنها وضعت جميع ما في بطنها قطعاً ، وذلك بمضى ستة أشهر من مدة^(٣) الولادة .

(١) عن أبي سعيد رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال في سبأيا أوطاس : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » أخرجه أبو داود وصححه الحاكم - والحديث دليل على أنه يجب على السأيا استبراء المسبية إذا أراد وطأها ، بحيضة إن كانت غير حامل ليتحقق براءة رحمها ويوضع الحمل إن كانت حاملاً . وقيس على غير المسبية المشتراة والمملوكة - بأى وجه من وجوه اقتلاك بجامع ابتداء الملك ... » انظر : سبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٥٤ ، ص ١١٤٥ - ١١٤٦ .

(٢) عَلَيَّت المرأة حَيْلَت . عَلَيَّت عَلَفاً وَعَلَاةً وَعُلُوقاً - مختار الصحاح والمعجم الوسيط .

(٣) كذا تبدو « مدة » .

قوله : وجبت العدة لما ذكرتم فقط أم له وإغيه ؟ قلنا : له فقط ، لما ذكرنا .
قوله : لا يكتفى بالحیضة الواحدة - قلنا : لأن تعرف براءة الرحم بالحیضة الواحدة لا يكون مثل التعرف الحاصل بثلاث حیض في غلبة الظن ، والشرع اكتفى بالحیضة الواحدة في الأمة وشرط الثلاث في الحرة تعظيماً لخطر الحرة .
قوله : العدة من باب المقدرات - قلنا : نعم ، ولكن لا ينفي ذلك كونه بالقياس .
على أن الدليل ينفي وجوب العدة إلا أننا توافقنا على وجوبها لتحصيل هذا الغرض ، ففيماء عداه نتمسك بالدليل .

٥٩ - مسألة : الأقراء الحيض^(١) دون الأطهار .

والوجه فيه - أن المقصود من العدة الواجبة بالنص تُعرف براءة الرحم وصيانة الماء المحترم عن الاختلاط ، فوجب حمله على ما يحصل هذا الغرض وهو الحيض ، قياساً على الاستبراء^(٢) .

وإنما قلنا إن المقصود هذا - لأننا أجمعنا على أن الطلاق قبل الدخول لا يوجب العدة ، لعدم الشغل ، وبعد الدخول يوجب : علم أنها واجبة لهذا الغرض .

وإنما قلنا إن الحيض يحصل بهذا الغرض - لأن الحيض هو الذي يدل على براءة الرحم وفراغه ، لأن الحيض والشغل لا يجتمعان ، والطهر والشغل يجتمعان .

فإن قيل : قولكم بأن المقصود من العدة تعرف براءة الرحم - قلنا : لا نسلم .
وبيانه ما مر في المسألة المتقدمة^(٣) .

ولئن سلمنا أنها شرعت لهذا ولكن لم قلتم إن الحيض يحصل لهذا الغرض ؟ .

(١) حاضت المرأة حيضاً فهي حائض وحائضة أيضاً عن الفراء . والحيضة المرة الواحدة . والحيضة الاسم والجمع الحيض - مختار الصحاح .

(٢) راجع فيما تقدم الماش ١ ص ١٤٠ .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة رقم ٥٨ ، ص ١٣٩ - ١٤١ .

قوله : بأن الدال على البراءة هو الحيض - قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن الحيض والحمل/لا يجتمعان ، بل يجتمعان على أصل الشافعي . ١/٥١

ولكن سلمنا أن الحيض يحصل هذا الغرض - ولكن لم قلّم بأن هذا الغرض لا يحصل بالطهر ؟

بيان ذلك - أن المشروط ليس مطلق الطهر ، بل طهر يكون بعد الحيض ، ومثله يدل على براءة الرحم .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن القرء حيض ، ولكن ههنا دليل آخر يأتي ذلك ، وذلك أن الله تعالى ذكر القرء ، والقرء هي (١) الأظهار جمع قرء ، أما الحيض فهي الأقراء جمع قرء - قال القائل :

مُؤَرَّجَةٌ مَالًا وَفِي الْحَمْدِ رِقَّةٌ .. لِمَا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءٍ نَسَائِكَا (٢)

يعنى أظهار نسائك . وأما في الحيض : قال عليه السلام : « دعى الصلاة أيام أقرائك » أى حيضك . ونقل عن ابن عمر : لعن من أى لأظهار عدتهن . ولأن ما ذكرتم أطول عليها وأبعد .

الجواب :

أما السؤال الأول - فالجواب عنه ما مر في المسألة المتقدمة (٣) .

قوله : الحيض والحمل يجتمعان - قلنا : هذا إنكار العادة والشريعة ، لأن ما ترى

(١) في الأصل : « هو » - وفي اللسان في « مادة قرأ » : والقرء والقرء الحيض ، والطهر ضد . وذلك أن القرء الوقت فقد يكون للحيض والطهر .

(٢) هذا البيت ورد في اللسان . وفي ديوان الأعشى الكبير في مدح هزونة بن علي الخنقي - راجع : ديوان الأعشى الكبير ميمون بن قيس شرح وتعليق الدكتور م . محمد حسين ، مكتبة الآداب بالجماميز ، ص ١١ البيت ٣١ من القصيدة وفي الأصل كنا : موروته مالا وفي الحى رقه لما ضاع فيها من قرو نساكبا

(٣) راجع فيما تقدم للسألة ٥٨ ص ١٣٩ - ١٤١ .

الحامل من الدم لا يكون حيضا ، لانسداد فم الرحم بالحمل .

قوله : بأن الطهر^(١) الذى يحيط بطرفيه دم أمانة الفراغ - قلنا : هذه مغالطة ، لأن دليل الفراغ هو الدم لا نفس الطهر ، فالحيض بانفراده أمانة الفراغ ، والطهر بانفراده ليس أمانة الفراغ ، فكان حمله على الحيض أولى .

وأما المعارضات - قلنا : القرء فى اللغة مشترك بين الطهر والحيض ، وجمعه قروء ، والأقراء جمع الجمع ، كقولنا شعر وشعور وأشعار ، فجاز استعمال واحد من الجمعين فى الحيض والطهر جميعا .

وأما نقل ابن عمر - فمعارض بنقل غيره .

وأما تطويل العدة والبعد عن زمان الشروع - كل ذلك ثبت بالشرع ، فيجب الانقياد له

والله أعلم .

(١) فى الأصل كنا : « الطهر » انظر بقية العبارة .

[٦] كتاب العتاق

٢/٥١ ٦٠ — [مسألة (١)] : من ملك ذا رحم محرم منه ، يعتق عليه .

والوجه فيه - أن هذه قرابة واجبة الوصل (٢) ، فيفقد العتق عند الملك ، قياساً على قرابة الولاد (٣) .

ولما قلنا : إن هذه قرابة واجبة الوصل - لأن صلة الرحم مأمور بها . قال الله تعالى : ﴿ واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ﴾ (٤) . يعنى اتقوا الأرحام أن تقطعوها . وفى الحديث : « صلوا الأرحام (٥) » - أمر ، والأمر للوجوب - ثبت أن هذه قرابة واجبة الوصل ، ففقد العتق عند الملك ، تحقيقاً لمعنى الصلة ، كما قلنا فى قرابة الولاد (٦) .

فإن قيل : قوله بأن صلة الرحم مأمور بها - قلنا : لا نسلم .

وأما النصوص - قلنا : النصوص تقتضى إيجاب الصلة بجميع وجوه البر والإحسان أم بعضها ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأنه لا نهاية له ، فيحمل على الأدنى ، (١) يلاحظ أنه لم يقل هنا « مسألة .. » فأضفناها نحن . وهذا الكتاب يحتاج - لى بعض المواضع إلى مراجعة - فراجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٣٨٠ وما بعدها . والكاسانى ، البدائع ، ٤ : ٤٥ وما بعدها .

(٢) كلما تبدو بعد تعديل وستأى أيضاً بعد قليل - يقال : وصل فلاناً وصلاً وصلة ووصل حمله بفلان بئر وأعطاه مالاً ، ووصل رحمه أحسن إلى الأقرين إليه من ذوى النسب والأصهار وعطف عليهم ورفق بهم ورأى أحوالهم - المعجم الوسيط .

(٣) فى المعجم الوسيط : ولدت الأنثى تلد ولداً - انتظر فيما يلى الهامش ٥ .

(٤) النساء : ١ .

(٥) راجع : بلوغ المرام ، رقم ١٢٥١ و ١٢٥٢ ص ٢٢٦ .

(٦) يقال : ولدت المرأة ولداً وولادة - مختار الصحاح والمعجم الوسيط . قال السمرقندى فى التحفة ، ٢ : ٤٠٧ : « وأجمعوا أنه إذا ملك الولد يعتق عليه - وهى من مسائل الخلاف » راجع فيما تقدم الهامش ٣ .

وهو نفقة القريب . والثاني - مسلم ، ولكن لم قلّم بأن هذا من جملة ذلك ؟ .
ولئن سلمنا أن النصوص تقتضي إيجاب الصلة بجميع الوجوه ، ولكن النصوص تتناول
كل الأرحام أم بعضها ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن دعواه ، لأن القرابة البعيدة خارجة
عن قضية النصوص . والثاني - مسلم .

ولكن لم قلّم بأن هذه من ذلك البعض ، وهو القرابة القريبة كالولاد .
والدليل على أن هذه القرابة ملحقة بالقرابة البعيدة أن الشرع ألحقها بها في حق
حرمان القصاص والحبس بالدين وجواز الاستخدام بطريق الإجارة وجرمان النفقة عند
اختلاف الدين والشهادة له وعليه وأداء الزكاة والكتابة .

ولئن سلمنا أن هذه للنصوص تتناول^(١) جميع الأحكام - لكن تأثر هذا في إيجاب
الإعتاق عليه أو في وجود العتق من غير اختياره ؟ م ع . بيانه - أن النصوص تقتضي
إيجاب الصلة ، وإيجاب الصلة تقتضي إيجاب الإعتاق - ونحن نقول به .

١/٥٢ أما أن يثبت العتق من غير اختياره ، فلا يكون / هذا صلة منه .
ثم نقول : التعليل يخالف مذهبكم ، لأن هذا إشارة إلى أن^(٢) العتق يثبت
بالقرابة ، وعندكم يثبت بفعل فاعل ، ولهذا لو اشترى أخاه ناهياً عن كفارة يمينه جاز .
الجواب :

قوله : النصوص تقتضي إيجاب صلة الرحم بجميع وجوه البر والإحسان أم ببعضها ؟
قلنا : الصلة بطريق العتق مراد بقضية هذه النصوص ، بدليل أنه مراد في قرابة الولاد ،
لإطلاق النصوص .

قوله : النص تناول كل الأرحام أم بعضها ؟ قلنا : كلها^(٣) ، لأنه ذكر بالألف

(١) في الأصل : « تناول » وفيما سبق « تتناول » .

(٢) « أن » غير واضحة .

(٣) « كلها » غير كاملة في الأصل .

(طريقة الخلاف في اللغة - م ١٠)

واللام ، فينصرف إلى الجنس . وأما القرابة البعيدة كبنى الأعمام - قلنا : خص ذلك عن قضية النص ، لكونها أبعد من هذه - فالتخصيص ثمة لا يدل على التخصيص ههنا .

قوله : الشرع ألحقها بالقرابة البعيدة في حق تلك الأحكام - قلنا : الإلحاق ثمة لا يدل على الإلحاق ههنا .

قوله : تأثير هذا في إيجاب الإعتاق عليه أم في وجود العتق من غير اختياره - قلنا : في وجود العتق من غير اختياره ، لأن الصلة لما وجبت صار الإعتاق مستحقا للمملوك على المالك ، فثبت العتق إيصالا للحق إلى المستحق ، كما في الولاد .

وأما قوله : التعليل يخالف مذهبكم - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن نفس الشراء عندنا إعتاق ، فلا يكون مخالفا للمذهب .

والنص لنا في هذه المسألة ما روى سمره بن جندب أن رسول الله ﷺ قال : « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » أورده أبو داود وأبو عيسى وابن ماجه (١) .

٦١ - مسألة : إذا قال الرجل لعبده وهو أكبر سنا منه : « هذا ابني » عتق عليه .

والوجه فيه - أنه قصد إثبات الحرية في محل قابل للحرية بلفظة صالحة للإثبات ، فوجب القول بثبوت الحرية ، قياسا على ما إذا قال له وهو أصغر سنا منه : « هذا ابني » .

وإنما قلنا ذلك - لأن قوله « هذا ابني » لا يمكن حمله على القصد إلى ما وضع له اللفظ حقيقة ، / لأن حقيقة البتة ههنا لا تتصور ، فيجب حمله على وجه صحيح . ويمكن ذلك بأن يجعل مجازا عن الإعتاق ، لأن طريق المجاز موجود ، وهو السببية والمسببية والملازمة ، لأن البتة تلازمها الحرية .

(١) رواه أحمد والأربعة . ورجح جمع من الحفاظ أنه موقوف - بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٩ ، ص ١٥٠١ - ١٥٠٢ .

فإن قيل : قولكم بأنه محاز عن الإعتاق - قلنا ، متى يجعل مجازا : إذا أمكن حمله على الحقيقة أم إذا لم يمكن ؟ ع م - وقد أمكن بأن يجعل قوله « هذا ابني » بمنزلة . قوله : « هذا كابني » في الشفقة والكرامة ، فلا حاجة إلى جعله مجازا عن الإعتاق . ولن سلمنا أنه يمكن جعله مجازا ، ولكن لا نسلم بأن السببية ههنا موجودة . ولا نسلم بأن السببية طريق المجاز .

ولن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أنه جعله مجازا عن الحرية ، ولكن ههنا دليل آخر يأني ذلك ، وذلك لأننا أجمعنا على أنه لو قال « قطعت يد فلان » وبداه صحيحتان لا يجعل إقرارا بالمال مجازا ، وإن كان قطع اليد سببا لوجوب المال ، لأنه لا يمكن إثباته مع قيام اليد - كذا هذا . وصار كما لو قال له : « هذا أخي » أو قال : هذا أبنى أو جدى » ، وهو لا يصلح لذلك ، لا يمتق عليه - كذا هذا .

الجواب :

أما قوله : ههنا وجه آخر يجعل عليه وهو الشفقة - قلنا : حمله على ما ذكرناه أولى ، لأن فيما ذكرناه حملا على الفائدتين جميعا ، لأنه إذا ثبتت الحرية ثبت معنى الشفقة والكرامة ، فكان ما ذكرناه أولى ، بدليل معروف النسب إذا كان أصغر سنا منه . قوله : لم قلتم بأن السببية موجودة ؟ - قلنا : لأن البتة سبب للحرية بدليل فصل الشراء^(١) .

قوله : لم قلتم بأن السببية طريق المجاز ؟ - قلنا : لأن العرب يسمون المطر سماء ، لأنه سببه - إلى غير ذلك من النظائر .

وأما مسألة قطع اليد - قلنا : لا يمكن جعله مجازا عن وجوب مطلق المال ، لأن قطع اليد لا يوجب مطلق المال ، وإنما يوجب مالا مقدرا بنصف اليد / مؤجلا في ثلاث سنين على العاقلة ولا يمكن إثباته - أما ههنا بخلافه .

(١) راجع لهما تقدم أول « كتاب العتاق » المسألة رقم ٦٠ ص ١٤٤ - ١٤٦ .

وأما إذا قال : « أنهى » : روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق .
ولئن سلمنا ذلك ، ولكن الأنوة تحمل لجهة النسب وتحمل لجهة الدين .
وأما إذا قال : « هذا أبى أو جدى » - فهو على هذا الخلاف .
وأما إذا قال : « يا ابنى » إنما لا يعتق ، لأن المقصود من النداء هو الإعلام ، لا
لمعنى فى النداءى .

٦٢ — مسألة : صريح الطلاق وكتاياته لا يقع به العتق ، وإن نوى ، حتى لو قال
لأخته (١) « أنت طالق » ، لم تعتق .

والوجه فيه - أنه لو ثبت الحرية : إما أن تثبت موجبا للفظ ابتداء ، أو بناء على ما
هو موجب اللفظ :

لا وجه للأول - لأن هذا اللفظ موضوع لإزالة قيد النكاح ، فلا يكون موضوعا
لإزالة الرق ، دفعا للاشتراك .

ولا وجه للثانى - لأن موجب اللفظ لا يثبت ههنا ، ولا يتصور ثبوته ، فكيف
يثبت غيوره بناء عليه ؟ .

فإن قيل : قولكم بأن الحرية لا تثبت موجبا للفظ ابتداء - قلنا : لا نسلم .
قوله : بأن هذا اللفظ موضوع لإزالة قيد النكاح - قلنا : لغة أم شرعا ؟ ع م .
وهذا لأن الطلاق وإن كان فى الشرع موضوعا لإزالة قيد النكاح ، ولكنه فى اللغة يجوز
أن يستعمل فى إزالة قيد الرق وإثبات الانطلاق .
ولئن سلمنا أنه موضوع له لغة وشرعا ، ولكن لم قلّم بأنه لا يكون موضوعا لإزالة
الرق ؟ .

قوله : يلزم منه الاشتراك - قلنا : لا نسلم ، بل يكون بطريق المجاز ، لما بينهما من

(١) « لأخته » غير واضحة تماما فى الأصل .

مشابهة زوال قيد النكاح وزوال قيد الرق - دل عليه أنه لو قال لأمراته « أنت حرة » ونوى به الطلاق - يقع الطلاق لما ذكرنا من وجه المجاز بطريق المشابهة .

ولكن مسلمنا أنه لا تثبت الحرية ابتداء ، ولكن لم قلّم بأنه لا تثبت (١) بناء ؟ . وهذا لأن / موجب اللفظ إثبات الانطلاق وإزالة القيد والمعجز ، فثبت الحرية بناء عليه ، وصار هذا كما إذا قال لها : لا ملك لى عليك ولا سبيل لى عليك ولا رق لى عليك ، ونوى به العتق ، يعتق - كذا هذا .

الجواب :

قوله : يجوز أن يستعمل هذا اللفظ فى اللغة لإزالة قيد الرق وإثبات الانطلاق - قلنا : نعم ، ولكن لا يثبت الحرية بهذا القدر شرعا ، ولا كلام فى زوال القيد لغة ، وإنما الكلام فيه شرعا .

قوله : يجوز أن يكون اللفظ موضوعا لإزالة الرق بطريق المجاز - قلنا : المجاز خلاف الأصل .

قوله : بينهما مشابهة - قلنا : لا نسلم .

وأما إذا قال لأمراته « أنت حرة » ونوى به الطلاق ، يقع - قلنا : إنما يقع لأن قوله : « أنت حرة » موضوع فى الشرع لإزالة ملك العيّن ، وذلك أقوى المملكين ، فيزول ملك النكاح الذى هو أضعف المملكين وهو ملك النكاح إذا نوى ، ولا كذلك على العكس ، فإن قوله « أنت طالق » موضوع فى الشرع لإزالة أضعف المملكين ، وهو ملك النكاح ، فلا يزول به أقوى المملكين وهو ملك العيّن ، إذ ليس يلزم من كون اللفظ مزيلا للأضعف كونه مزيلا للأقوى ، ولكن يجوز أن يكون مزيل الأقوى مزيلا للأضعف .

قوله : لم لا يثبت بناء ؟ قلنا : لأن موجه لا يتصور .

قوله : إن موجه إثبات الانطلاق - قلنا : نعم ، ولكن لغة لا شرعا ، وإنما الحاجة

(١) فى الأصل : « لا يثبت » .

ههنا إلى إثبات الانطلاق شرعا ، وهو الحرية ، ولم يوجد اللفظ الموجب له شرعا .
أما قوله : لا ملك لى عليك ولا رقى لى عليك - [فهو] صريح فى نفى الملك ،
فينتفى الملك والرقى ضرورة .

وقوله لا سبيل لى عليك - حقيقة فى نفى السبيل ، ولذلك أسباب كالبيع والهبة
والإعتاق ، / فينتفى الكل تحقيقا لغرضه - أما ههنا بخلافه (١)

٦٣ - مسألة : إذا قال لأمته : « أول ولد تلدينه فهو حر » أو قال : « فانت
حرة » فولدت ميتا ، ثم حيا يعتق الحى .

والوجه فيه - أنه قصد بهذا التصرف إثبات الحرية فى أول ولد حى ، والولد الثانى أول
ولد حى ، فوجب أن يعتق ، قياسا (٢) على ما إذا قال : « أول ولد تلدينه (٣) حيا
فهو حر » .

وإنما قلنا ذلك لأن اللفظ وإن كان مطلقا ، ولكن مطلق الكلام يجوز تقييده إذا دل
الدليل عليه ، وقد دلت دلالة التقييد بوصف الحياة ، وهو دلالة الغرض الذى قصد
تحقيقه بهذا الكلام ، لأن غرضه إثبات الحرية ، والحرية لغة وشرعا لا تتصور بأصلها
ووصفها إلا فى محل موصوف بصفة الحياة .

فإن قيل : قولكم بأنه دلت دلالة التقييد بوصف الحياة - قلنا : متى : إذا كانت
الحياة غالب الوجود أم لا ؟ ع م . بيانه - وهو أن الجزء إذا كان غالب الوجود فلا
حاجة إلى التقييد ، فإنما أجمعنا على أنه لو أوصى للجنين والجنين (٤) ، يصح . ولو
ضرب على بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ، تجب الفرة - وهذه أحكام الحياة .

(١) انظر : الكاسانى ، البدائع ، ٤ : ١٠٣ .

(٢) فى الأصل : « قياسا » .

(٣) فى الأصل تبدو « تلدينه » وسيأتى بعد عدة سطور : « تلدينه » .

(٤) « والجنين » غير واضحة فى الأصل . انظر ما على فى الجواب .

ولئن سلمنا أنه دل دليل التقييد ، ولكن لم قلتم بأن الحرية لا تتصور إلا في محل
حي ، وظاهر أنه تصور ، بدليل أن المكاتب إذا مات عن ولاء ، تبقى الكتابة ويحكم
بحريته بأداء بدل الكتابة بعد موته .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على التقييد ، ولكن هنا دليل آخر يأبى ذلك ، وذلك
لأنه لا تقييد بالملك ، مع أن الحرية لا تثبت إلا بالملك كما لا تثبت إلا بالحياة ، حتى
لو قال لأخته : « أول ولد تلدينه فهو حر - فباعها ، فولدت ولدا في يد المشتري ، ثم
اشترها ، فولدت في يده ولدا ، لا يعتق الولد الثاني .

ولو قال / لأجنبية « إن دخلت الدار فأنت طالق » لا يعتق بملك النكاح . ٢/٥٤
وكذلك لو قال لأخته « أول ولد تلدينه فهو حر وامرأته طالق » ، فولدت ولدا ميتا ،
ينحل^(١) العيين في حق الطلاق حتى يقع الطلاق ، فوجب أن ينحل^(٢) في حق
الحرية ليصالا إلى الجزاء ، لأن العيين واحد والشرط واحد .

ثم نقول : شرط عتق أول ولد ، وهذا آخر ولد ، بدليل أنه لو قال لأخته : « آخر
ولد تلدينه فهو حر » فولدت ولدا ميتا ، ثم ولدت ولدا حيا ، يعتق الثاني ، وإذا كان
آخرها لا يتصور أن يكون أولا .

الجواب :

أما قوله بأن الحياة غالب [الوجود]^(٣) - قلنا : لا نسلم بأن حياة كل ولد معين
غالب ، بل حياة الأولاد .

وأما إذا اعتق الجنين أو أوصى له أو به ، فهذه التصرفات موقوفة في الحال : إن
حصل الولد حيا يحكم بصحتها وإلا فلا .

(١ - ٢) غير ظاهرة في الأصل . وفي المعجم الوسيط : « حُلَّ الشَّيْءُ أَبَاحَهُ . وَانْغَلَّتِ الْعُقْدَةُ
انْفَكَّت . وَحُلَّ الْمَكَانُ وَحُلَّ بِهِ حُلُولًا نَزَلَ بِهِ وَحُلَّ الْبَيْتُ فَهُوَ حَالٌ وَحُلَّ الْبَيْرُ حُلًّا أَصَابَهُ الْحُلُّ
فَهُوَ أَشْلٌ وَهُوَ خَلَاءٌ - وَلَمْلَمَهَا : « حَلَّ » . وفي آخر المسألة سيأتي التعبير بكلمة : « انحلل »
العيين . انظر فيما يلي الهامش ٣ ص ١٥٢ .

(٣) ٤٤ تقدم قبل سطور ص ١٥٠ .

وأما إذا ضرب بطن امرأة - [ف] معارض بما إذا ضرب بطن شاة فألقت جنينا ميتا : لا يجب شيء ، فالغرة في الآدمي تجب نصا^(١) .

وأما المكاتب - قلنا عنه جوابان : أحدهما - تثبت الحرية في آخر جزء من أجزاء^(٢) حياته . والثاني - تثبتها بعد الموت في حق آثار يتصور ثبوتها .

قوله : لا يقيد بالملك - قلنا : لأن الحرية لا تتصور إلا في محل حي ، ولكن إثبات الحرية في ملك الغير صحيح ، وإعتاق ملك الغير صحيح ، حتى لو أجاز المالك ينفذ العتق ، فلا حاجة إلى التقييد بالملك .

وأما إذا قال لأجنبية : « إن دخلت الدار فأنت طالق » : إن كانت منكوحة للغير ، فهذا التصرف صحيح ، حتى لو أجاز الزوج ، يقع الطلاق عند دخول الدار . وإن لم تكن منكوحة ، فلا يصح ، لأن التقييد إما يكون في الإطلاق ، وليس ثم إطلاق ، فلا يجوز إلا بطريق الإزدواج ، وذلك غير لازم .

وأما إذا قال : « أول ولد تلدينه فهو حر وامرأته طالق » - قلنا : هذا إن كان يمينا واحدا صورة / ولكنه يمينان معنى ، لأن اليمين تعرف بالشرط والجزاء . وقد تعدد الشرط والجزاء : فأحد الجزاءين هو الحرية وشرطه ولادة ولد حي لما ذكرنا . والثاني هو الطلاق وشرطه ولادة ولد مطلق . لأننا إنما قيدنا بالحياة في الجزاء الأول لاقتضاره إلى الحياة ، والطلاق لا يفترق إلى الحياة في الولد . فإذا تعدد اليمين معنى ، فإحلال أحدهما لا يدل على انحلال الأخرى^(٣) .

(١) وهو أن رسول الله ﷺ قضى أن دية الجنين إذا مات بسبب الجناية غرة سواء انفصل عن أمه وخرج ميتا أو مات في بطنها . وأما إذا خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة . والغرة عبد أو وليدة وهي الأنة . وقيل بمسماة درهم . وقيل مائة شاة . وقيل خمس من الإبل - انظر : بلوغ المرام رقم ٩٩٩ ص ١٨٠ - ١٨١ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٤ و ١٠٩٥ ص ١١٩٤ - ١١٩٧ .

(٢) في الأصل كذا : « جزا من أعرا » - وانظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٤١٩ .

(٣) راجع فيما تقدم المحاشي ١ - ٢ ص ١٥١ .

قوله : بأن هذا آخر ولد - قلنا : هذا آخر ولد مطلق أما هو أول ولد حى ، والشرط أول ولد حى . وما ذكر من المسألة ممنوعة .
والله أعلم .

٦٤ - مسألة : إذا قال لعبده : « إن أديت إلى ألفا فأنت حر » فجاء العبد بالألف ، ونحل بينها وبين المولى ، يجبر على القبول ، حتى يعتق العبد بالتخلى^(١) .
والوجه فيه - أنه قصد إثبات الحرية عند التخلي بينه وبين الألف - فوجب القول بالعتق عند التخلي ، قياسا على ما إذا علق بالتخلى .

أما بيان أنه قصد إثبات الحرية - [فـ] / لأن هذا اللفظ صالح له .
وأما بيان أنه قصد العتق عند التخلي - [فـ] لأن غرضه حصول الألف [له] ، حيث جعل العتق في مقابلته . وهذا الغرض لا يحصل إلا بتعلق العتق بالتخلي بدون القبول ، لأنه لو تعلق بالقبول ، لا محالة لا ينبعث العبد على الكسب ، لأنه لو اكتسبه ربما لا يقبله المولى أو يقبله على وجه لا يعتق بأن يأخذ الألف إلا درهما ، فيتعطل نفع العبد .

فإن قيل : قولكم بأنه قصد إثبات الحرية عند التخلي - قلنا : لا نسلم . وبطلانه ظاهر ، لأنه قال « إن أديت » والأداء عبارة عن التسليم والقبول جميعا . ولهذا لو قال لعبده : أديت إلى ألفا فلم أقبل - لا يصدق في ذلك ، ويكون رجوعاً عن الإقرار .
ولئن سلمنا أنه علق العتق بالتخلي ، ولكن لم قلّم بأن غرضه يحصل بالتخلي ؟ وبطلانه ظاهر ، لأنه يقتضى تعليق العتق بالكسب ، ولم يتعلق .

ولئن سلمنا أن غرضه يحصل بالتخلي ولكن لم قلّم بأن / المولى يمكنه الأخذ على وجه لا يعتق ، بل يعتق على أى وجه يقبله ، لأن العبد مأذون ، فإنما يأخذه على وجه يؤديه إليه . على أن الظاهر من حال المولى أنه لا يخلّف في الوعد ، وصار هذا كما إذا قال :

(١) راجع الكاسانى ، الدائع ، ٤ : ٥٩ .

إن أدبت إلى حمرا فأنت حر ، أو ثوبا فأنت حر ، أو كذا من^(١) حنطة فأنت حر ، أو ألفا أحج بها فأنت حر - أو المتنازع فيه : إذا باع العبد ثم ، اشتراه فجاء بالألف ، فإنه لا يجبر على القبول في هذه المواضع - فوجب أن لا يجبر ههنا .

الجواب :

أما قوله بأنه نص على التعليق بالأداء إليه - قلنا : بلى ، ولكن الأداء إليه جاز أن يذكر ويراد به التخليّة بدون القبول مجازا ، فيحمل عليه ، لما ذكرنا من الدليل .

قوله : هذا يقتضى تعليق العتق بالكسب - قلنا : نعم ، ولكن لا يمكن أن يجعل الأداء إليه مجازا عن الكسب ، بخلاف التخليّة ، لأن اللفظ يحتملها .

قوله : لم قلّم بأن المولى يمكنه أخذ الألف منه على وجه لا يعتق عليه - قلنا : لأنه يمكنه أن يأخذ منه غصبا أو يبيعه فيزول العبد عن ملكه ويبقى الألف ملكا للمولى ولا يعتق عليه .

وأما قوله بأن المولى لا يخلف الوعد - قلنا : إذا لم يكن القبول واجبا عليه شرعا ويمكنه تحصيل النفع بلا ضرر ، فالظاهر أنه لا يبالى^(٢) بخلف الوعد خصوصا مع مملوكه .

وأما الأحكام : أما الحمر - قلنا : ثمة لم يصح غرضه ، فلم يصح اعتباره شرعا .
وأما الثوب والحنطة - قلنا : تلك أجناس وأنواع مختلفة ، فما من جنس يأتي به العبد إلا وللمولى أن يقول : غرض غير هذا ، فلا يمكن اعتبار غرضه - أما ههنا بخلافه . وأما إذا قال : ألفا أحج بها ، يجبر على القبول . وأما إذا باعه - قلنا : ثم بطل الطلب والغرض ، لأن الإنسان لا يطلب الألف من عبد الغير .

والله أعلم .

(١) السَّيِّئُ الْمَنَّا وهو رطلان والجمع أمتان - بخار الصحاح . وفي المعجم الوسيط : معيار قديم كان يحال به أو يوزن . وقدره إذ ذاك رطلان بفلسديان . والرطل عندهم اثنا عشرة أوقية بأوقيعهم .

(٢) في الأصل كذا : « لا سال » .

٦٥ - مسألة : الوطء في العتق المبهم لا يكون بيانا / للعتق في غير الموطوءة . وهي ١/٥٦
أن يقول لأمتي : إحداكما حرة ، ثم وطئ أحدهما^(١) .

والوجه فيه - أن الوطء صادف المملوكة في حق حل الوطء من غير أن يجعل الوطء
بيانا ، فلا يجعل بيانا ، قياسا على ما إذا علق عتق إحداها بدخول الدار ، ثم وطئ
إحداها ، ثم دخل الدار - لا تتعين الموطوءة للملك .

وإنما قلنا ذلك - لأن الملك كان ثابتا في حق جميع الأحكام ، فلو زال إنما يزول
بالإعتاق المبهم ، وإنه لا يوجب زوالا^(٢) في حق حل الوطء ، لأنه إعتاق المنكر ،
فكان لإيقاع العتق في حق حكم يختص بالمنكر دون المعين ، وحل الوطء مما يختص
بالمعين دون المنكر ، لأن وطء المنكرة لا يتصور ، فلو ثبت العتق في المعينة وزال للملك
عنها ، لزال من غير إزالته ، وإنه لا يجوز ، فعلم أن الوطء صادف المملوكة في حق حل
الوطء ، فلا حاجة إلى جعل الوطء بيانا .

فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على أن الوطء ليس بيانا ، ولكن ههنا دليل آخر يأتي
ذلك ، لأن الظاهر من حال العاقل أنه يريد بتصرفه الحلال دون الحرام ، فإن عقله ودينه
يدعوانه إلى الحلال ويمنعانه عن الحرام ، والحل يتعلق بكون الوطء بيانا ، لأن الحل يتعلق
بالملك ، ولا ثبوت للملك ههنا إلا بأن يجعل الوطء بيانا لأن العتق نازل^(٣) في
إحداها ، فلو لم يجعل الوطء بيانا وتعلق حل الوطء بثبوت الملك ، كان الحل متعلقا

(١) في الأصل كذا : « أحدهما » وسيأتى فيما بعد : « علق عتق إحداها » - انظر :
السرقيدي ، التحفة ، ٢ : ٣٩٣ - ٣٩٥ - ففيه : « فأما إذا وطئ إحدى أمتيه التي أبهم
العتق فيهما : لا يكون إختيارا للعتق عند أي حنيفة رحمه الله إلا أن تعلق منه . وعندهما : يكون
اختيارا . وكذلك الخلاف إذا لمسا لشهوة . وأجمعوا أنه لو استخدم إحداها لا يكون بيانا - والمسألة
معروفة - وانظر الكاساني ، ٤ : ١٠٣ - ١٠٤ وكذا ١٠٩ .

(٢) في الأصل تبدو « روال » وهي غير ظاهرة تماما .

(٣) كذا تبدو في الأصل . وبها أيضاً عبر الكاساني ، ٤ : ١٠٣ و ١٠٤ . وفي المعجم
الوسيط : نزل نزولا هبط من علو إلى سفل ونزل بالمكان وفيه حل .

بالبیان بواسطة الدلیل علیه ، [وكدنا] ^(١) الوطء فی الطلاق المہم : فإنه إذا طلق إحدى امرأتي ثم وطئ إحدى إحداهما يجعل بیانا ، لما ذكرنا من توقف الحل علی الملك ، وتوقف الملك علی البیان - كذا ههنا .

قوله : بأن الوطء صادف الملك من غیر أن يجعل الوطء بیانا - قلنا : لا نسلم .

٢/٥٦ قوله بأن العتق غیر / نازل فی حق المعین - قلنا : أیش یعنی به ؟ یعنی أنه لم یوجب عتق واحدة بعینها أو یعنی به شیئا آخر ؟ إن عنی به شیئا آخر احتیاج إلى بیانه . وإن عنی به أن العتق لم یزول فی واحدة معینة فهذا مسلم - ولكن لم قلتم بأن هذا ینتج كون الوطء محتاجا إليه فی البیان ؟

قوله : بأنه أوقع العتق فی المنکرة - قلنا : ما یعنی به ؟ یعنی به أنه أوقع العتق فی غیر هاتین أو یعنی به أنه أوقعه فی إحداهما إلا أنا لا نعرفها بعینها ؟ إن یعنی به الأول فهو باطل ، لأنه قال : إحداهما حرة . وإن عنی به الثانی فمسلم ، ولكن لا ینتج كون الوطء بیانا بل یوجب ، لأن تلك الواحدة تحتمل هذه وهذه ، فلا یكون الملك ثابتاً ^(٢) فی حق الحل فی الموطوءة بدون البیان .

الجواب :

قوله : إن الدلیل قد دل علی كون الوطء بیانا - قلنا : بلی ، ولكن إنما یحتاج إلى جعل الوطء بیانا إذا لم یكن المحلل للوطء قائما فی حقه .

قوله : إن المنکرة تحتمل أن تكون هذه وتحتمل أن تكون صاحبها - قلنا : لا نسلم ، ومحال أن تكون المنکرة هذه أو صاحبها ، لأن هذه أو صاحبها إشارة إلى المعینة ، و بین المعینة والمنکرة مضادة ، فكیف ^(٣) یحتمل قوله المنکرة لا تعدوها - قلنا : بلی ولكن من غیر تعین .

(١) قال الکاسانی ، ٤ : ١٠٤ : « وهكذا نقول فی الطلاق المہم ... » .

(٢) فی الأصل کذا : « ثابت » .

(٣) فی الأصل هكذا : « فیلغ » أو « فیکف » .

فإذا قلنا : هذه أو تلك فقد عيناها ، فلا تبقى منكورة ، وهو اوقع في المنكورة لا في المعينة .

وأما الوطء في الطلاق المبهم^(١) - قلنا : هكذا نقول ثمة : إن الملك في حق المعينة قائم إلا أنه إذا وطئ أحدهما تعينت الأخرى للطلاق ، وهذه للإمساك لوجه آخر ، لا باعتبار كون الحل متعلقا بالبيان .

بيانه - إن المقصود من وطء المنكوحة الولد ، وحصول الولد متعلق ببقاء النكاح ، فكان بياننا من حيث إنه لا يتم الغرض إلا به . أما ههنا بخلافه ، لأن الغرض من وطء الجوارى / قضاء الشهوة دون الوطء للولد ، وقضاء الشهوة لا يتعلق حصوله بالبيان ، فلا يجعل الوطء بياننا .

قوله : أيش تعنى بقولك إن العتق غير نازل في المعين ؟ قلنا : نعنى به أنه لا يظهر في حق حكم يختص بالمعين ولا يمكن إثباته في حق المعين ، وظهر في حق حكم يختص بالمعين ويمكن إثباته في حق المعين بدون التعمين ، لأن الحكم إذا كان يختص بالمنكورة أمكن العمل بدليل الحرية فيه ، لأن المالك أثبت الحرية في المنكورة ، فكان العمل به على وجه التنكير ، عملا بقضية الإعتاق .

فأما إثبات العتق في حق حكم يختص بالمعين وبعضه^(٢) يختص بالمنكر ، فهذا^(٣) معلوم في إثبات العتق في العدم^(٤) : أنه لو قتلها رجل واحد معا تجب قيمة أمة ودية حرة ، لأن هذا حكم يصح إثباته بدون التعمين . ولو قتلها رجلان يجب على كل واحد منهما قيمة أمة ، لأنه لا يمكن إيجاب القيمة على أحدهما والدية على الآخر إلا بتعيين محل العتق ، فلا يظهر العتق في حقه أصلا .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٥٥ . والكاساني ٤ : ١٠٤ .

(٢) في الأصل : « وبعضها » .

(٣) في الأصل : « وهنا » .

(٤) في الأصل تبدو كنا : « في البعن » .

وإذا ثبت اختلاف الأحكام في المنكر والمعين - فنقول :

قوله : « إحداهما ^(١) حرة » : أثبت العتق في حق حكم يختص المنكر دون المعين - على ما مر .

فالخاصل - أن الشرع ورد بتصحيح إعتاق المبيع ، فلا بد من تصحيحه على الوجه الذي قصده المتصرف . وهو إنما قصد إيقاعه في حق المنكر دون المعين ، لأن اللفظ يدل عليه ، فيجب أن يكون مشروعا على وجه يظهر في حق حكم يختص المنكر دون المعين .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه .

٦٦ - مسألة : الإعتاق يتجزأ ^(٢) .

والمعنى من ذلك أن المحل في حق قبول حكم الإعتاق يتجزأ ، فيتصور ثبوته في النصف دون النصف [الآخر] .

(١) في الأصل كنا : « أحديكما » .

(٢) انظر المسألة التالية : « العتق لا يتجزأ » رقم ٦٧ ص ١٦٨ وما بعدها .

قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣٨٩ : « .. والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف ومحمد لا يتجزأ » - انظر الهامش ٢ ص ١٥٩ . وانظر الكاساني ، البدائع ، ٤ : ٨٦ وما بعدها .

وفي الأصل لمحمد بن الحسن (المبسوط) ج ٤ ص ٢٣٢ - ٢٣٣ . طبعة كراتشي - باكستان : « قال أبو حنيفة : إذا أعتق الرجل نصف عبده عتق نصفه واستمعه في نصف قيمته . وهو بمنزلة المكاتب ما دام يسعى في كل شيء من أمره ، فإذا أدى السعاية عتق ، وكان ولاؤه لمولاه .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا أعتق نصف عبده عتق كله ، وهو حر كله ، وولاه لمولاه ، ولا يجتمع في نفس واحدة عتق ورق ، والآلة والعبد في ذلك سواء .

محمد بن يعقوب عن أشعث بن سوار عن الحسن بن أبي الحسن عن علي بن رضى الله عنه أنه قال : يعتق الرجل من عبده ما شاء » .

وثرة الخلاف في موضعين :

أحدهما - إذا أعتق نصف عبده ، عتق نصفه ، وهو بين خيارين : إن شاء أعتق الباقي ، وإن شاء استسمى (١) العبد . وقال (٢) : عتق كله وليس له / حق السعاية . ٢/٥٧

والثاني - إذا أعتق نصيبه من عبد مشترك بينه وبين غيره ، لا يعتق كله ، غير أن المعتق : إن كان موسراً فالشريك بين خيارات ثلاثة : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء ضمن [المعتق] (٣) ، وإن شاء استسمى العبد . وإن كان معسراً ، فهو بين خيارين : إن شاء أعتق نصيبه ، وإن شاء استسمى العبد .

وقالا : يعتق كله ، وليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعاق (٤) .

وحاصل الخلاف راجع إلى أن الإعاق في النصف هل يوجب هـ زوال الرق عن المحل كله أم لا ؟ عنده : لا يوجب ، بل يبقى كل المحل رقيقاً ، ولكن زال الملك عن النصف (٥) . وعندهما : يوجب زوال الرق عن الكل .

والوجه فيه - أن الرق لو زال عن المحل لا يخلو : إما أن يزول موجبا للتصرف ابتداء ، أو بناء على ما هو الموجب :

لا وجه للأول - لأن زوال الرق ليس موجبا أصليا للإعاق ، لأن موجب التصرف

(١) استسمى العبد كلفه من العمل ما يؤدي به عن نفسه إذا أعتق بعضه ليعتق به ما بقي .
والسعاية الكسر ما كلف من ذلك - القاموس . وللمعجم الوسيط . وانظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٨٩ وما بعدها .

(٢) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣٨٩ : « .. الإعاق يتجرأ عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند أبي يوسف وعمد لا يتجرأ » . وفي الأصل كنا : « وقلا » - راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٥٨ .

(٣) راجع : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٨٩ .

(٤) انظر الكاساني ، ٤ : ٨٧ وما بعدها .

(٥) سبقت ذلك فيما بعد بقليل .

ابتداء ما يدخل تحت ولاية المتصرف ، وزوال الرق لا يدخل تحت ولايته ، لأن الرق في المحل : إما أن يثبت حقا لله تعالى ، أو حقا لعامة^(١) الناس . لأنه إما أن يكون ثابتا عقوبة على كفره وجزاء على استنكافه^(٢) من أن يكون عبدا لله ، ومن هذا الوجه يكون حقا للشرع . وإما أن يكون دفعا لشره عن كافة الناس والمسلمين ، بدلا عن القتل أو تمكينهم من تملكه وإقامة مصالحهم به بواسطة التملك ، كالإباحة في الصيد . ومن هذين الوجهين يكون حقا لكافة الناس من المسلمين . وكيفما كان ، فأبطال حق الشرع وحق كافة المسلمين لا يدخل تحت ولاية المالك قصدا وابتداء .

ولا وجه للثاني - لأن موجب التصرف ابتداء زوال ملك المولى ، لأنه الداخِل تحت ولايته ، وهو إزالة الملك عن نصف المحل ، وليس من ضرورة / زوال الملك عن نصف المحل زواله عن الباقي ، فيبقى الملك في الباقي ، فلا يزول الرق عن المحل ، لأن زوال الرق عن كل المحل موقوف على زوال الملك عن كل المحل ، فيحتاج إلى بيان أشياء :

[١ -] إلى بيان معنى الملك والرق ، وأنها غيران .

[٢ -] وإلى بيان [أن] المحل في حق الملك متجزئ ، فيتصور زوال الملك عن البعض دون البعض .

[٣ -] وإلى بيان أن زوال الرق عن المحل موقوف على زوال الملك عن كل المحل .
أما الأول :

[بيان معنى الملك ، والرق ، وأنها غيران] - فنقول :

ملك المحل - عبارة عن حالة شرعية أو صفة شرعية للمحل تقتضي^(٣) إطلاق

(١) في الأصل : « للعامة الناس » .

(٢) استنكف من الشيء وعنه أنف وامتنع - المعجم الوسيط . وفي القرآن الكريم : ﴿ لن يستنكف المسيح أن يكون عبدا لله ولا الملائكة المقربون ومن يستنكف عن عبادته ويستكبر فسيحشرهم إليه جميعا .. وأما الذين استنكفوا واستكبروا فعملهم .. ﴾ النساء : ١٧٢ - ١٧٣ .

(٣) في الأصل : « يقتضي » .

التصرف في المحل . وليس من ضرورة ثبوت هذه الحالة أن يترتب عليه إطلاق التصرف لا بحالة ، بل يترتب عليه الإطلاق لولا المانع ، وقد لا يترتب المانع ، كملك الخمر ونحوه . بيانه - أن الحالة التي سميناها ملكا حالة معقولة ، لأن التفرقة ثابتة بين المحل الذي يطلق للإنسان التصرف فيه وبين المحل الذي لا يطلق التصرف فيه - أعنى هذه التصرفات المخصصة المختصة بالملك ، فلا بد لهذه التفرقة من متعلق ما ، وهو أمر شرعى لا حسي ، فسمى تلك الحالة ملكا ، ثبت أن هذه حالة معقولة . والدليل على أن الملك هو هذه الحالة الشرعية أنا إذا وصفنا محل بكونه مملوكا يلزمه إطلاق التصرفات ويفهم منه ذلك ، فحيث لا يخلو : إما أن يكون الملك نفس إطلاق التصرف ، أو هو أمر يقتضى إطلاق التصرف :

لا وجه للأول ، لأن الملك [قد] يوجد في محل لا يوجد [فيه] إطلاق التصرف ، كملك الخمر وملك الخسيس والمهر^(١) والملك للطفل والميت في قدر ما يحتاج والملك في الموهون والمستأجر وغير ذلك من المواضع . وكذا ملك الوطء ثابت حال الحيض في المنكوحه والأمة وإطلاق الوطء غير^(٢) ثابت - دل عليه : أن من اشترى أباه أو المحلوف عليه بحتقه / يثبت الملك حتى يحتق ولم يثبت إطلاق التصرف بوجه ما - ٢/٥٨
ثبت أن الملك عبارة عن هذه الحالة .

وأما الرق - فهو عبارة عن وصف حكيم والمراد به حالة في المحل يظهر أثرها في حجرة عن دفع تملك الغير عن نفسه ، ولأجلها يصح الاستيلاء عليه وتملك ، كالحياة مع العلم والقدرة ، [ففى]^(٣) الحياة معنى مصحح للعلم والقدرة لا يتصور ثبوتهما بدونها ، وهذا أمر معقول ، لأن التفرقة ثابتة بين كون المحل بحالة لا يصح عليه الاستيلاء

(١) انظر في المهر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٩٩ وما بعدها وفيه : « من تزوج امرأة بغير مهر أو بشرط أن لا مهر لها وأجازت المرأة - فإن النكاح ينقذ ويجب مهر المثل ، عند أصحابنا . ويجند الشافعى : النكاح جائز بغير مهر » .

(٢) « غير » ليست واضحة .

(٣) في الأصل كلمة غير مقروية تشبه « فيمكن » أو نحو ذلك ، ولعلها « فيمكن » وسيأتى بعد سطور قوله : « كالحياة المصححة للعلم والقدرة » .
(طريقة الخلاف في الفقه - م ١١)

والمملك ، وبين كونه بحالة يصح عليه الاستيلاء والمملك ، والأول للحر والثاني هو الرقيق ، فلا بد لهذه التفرقة من متعلق شرعى ، فتسمى تلك الحالة رقا .

وإذا ثبت هذا ثبت المغايرة بين الملك والرق ، لأن الأمر المصحح للملك يكون غيره ، ويكون ثابتاً قبله ، كالحياة المصححة للعلم والقدرة .

وأما الثانى :

وهو أن الممل فى حق الملك يتجزأ ، ويتصور زوال الملك عن البعض دون البعض :
[فدلله] الحكم والمقول :

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أنه يجوز بيع النصف شائما وبعية النصف والتصرف فى النصف والوصية به ، وأثر هذه الأحكام فى إزالة ملك الأول وإثبات ملك الثانى^(١) . فلو لم يكن الممل متجزئا ، لما جاز .

وأما المقول - وهو أن الملك متى كان عبارة عن مضمي أو صفة شرعية فى الممل ، جاز أن يثبت شائما فى البعض دون البعض ، فيترتب عليه إطلاق التصرف والانتفاع بالنصف دون النصف بطريقه ، أو تقتضى تلك الصفة أن يكون تصرفه فى النصف حقا غير مؤاخذ عليه ، وفى النصف الآخر يكون بغير حق مؤاخذ عليه . وإذا ثبت أن الممل فى حق الملك يتجزأ ، وقد أزال ملكه عن النصف دون النصف ، لا يزول ملكه عن الكل .

وأما الثالث :

١/٥٩ وهو أن زوال الرق عن كل الممل موقوف على زوال الملك عن / كل الممل :

[فذلك] أنه متى بقى الملك فى بعض الممل يبقى الرق فيه ، ضرورة أنه لا يصح الملك بدون الرق ، وإذا بقى الرق فى النصف بقى فى الباقي ، ضرورة أن الممل فى

(١) أى أحكام هذه التصرفات فى إزالة ملك الأول عن النصف المبيع أو الموهوب أو الموصى به ، وإثبات ملك الثانى فى هذا النصف المبيع أو الموهوب أو الموصى به .

حق الرق لا يتجزأ ، لأنه عبارة عن الضعف الحكمي ، ولا يتصور أن يكون بعض المخل ضعيفا والبعض قويا شائعا ، بخلاف الملك - على ما ذكرنا .

فإن قيل : قولكم بأن الرق حق الشرع أو حق المسلمين ؟ قلنا : في حالة الابتداء يعني أم في حالة البقاء ؟ م ع . وهذا لأنه في حالة البقاء [صار] ^(١) حقا للمولى ، لأنه يتعلق به حقه [أثرا] ^(٢) للملك ، وإذا كان الملك حقا للمولى ^(٣) كان الرق أيضا حقا له .

ولئن سلمنا أنه حق الشرع ، ولكن [لِمَ] لا يتمكن من إزالته : ابتداء أم نيابة عن الشرع ؟ م ع - فلم قلتم بأن الشرع لم يُثبت له ولاية إزالة الرق ؟ وبيان [هـ] أنه أثبت أنه نذبه إلى الإعتاق وحثه عليه بأبلغ الوجوه ، وكذا ^(٤) كلفه في باب الكفارة بالتحريم - وهو ^(٥) ينهى عن الخلوص عن الرق ، والإعتاق [عبارة] عن القوة وإزالة الضعف الحكمي ، فدل التذنب والأمر على إثبات الولاية نيابة ، وقد أزال [الضعف] عن البعض ، فيزول عن الكل ، لاستحالة أن يكون البعض قويا شائعا والبعض ضعيفا شائعا ، وصار كالطلاق والصلح عن دم العمد إذا أضيفا إلى النصف .

ولئن سلمنا أن زوال الرق ليس بموجب تصرفه ابتداء ، [فـ] لم قلتم أنه ليس بموجب تصرفه بناء ؟ .

(١) كلمة مكانها يباض إلا ما يشبه حرف « ر » والظاهر أنها « صار » .

(٢) كلمة غير واضحة تشبه : « لا مصحح » .

(٣) « لأنه يتعلق به .. حقا للمولى » وردت في الغامش تصحيحا .

(٤) في الأصل كلا : « وكذا » .

(٥) « وهو » غير كاملة - قال الكاساني في البدائع ، ٤ : ٩٨ : « والعنى في اللغة عبارة عن القوة .. وفي عرف الشرع اسم لقوة حكومية للذات يدفع بها الاستيلاء ويملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف في اللغة .. وفي متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمي الذي يصير به آدمي محلا للملك . وعلى عبارة التحريم الحكم الأصل للتحريم هو ثبوت الحرية ، لأن التحريم هو إثبات الحرية وهي الخلوص ... وفي عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق .. » .

قوله بأن الموجب الأصلي زوال الملك - قلنا : لا نسلم ، بل هو ثبوت العتق ، والعتق هو القوة الحكيمة ، وإنه داخل تحت ولايته ثم يزول الملك والرق بناء عليه .
ولكن سلمنا أن الموجب الأصلي زوال الملك ، لكن لم قلم بأن المحل في حق الملك متجزئ ؟ .

وأما ما ذكر من الأحكام - قلنا : لا نسلم أنه زوال الملك بل هو إضافة الملك إلى المشتري بعد إضافته إلى البائع . /

٢/٥٩ وأما المعقول - قلنا : لم قلم بأنه يتصور ثبوته في البعض دون البعض ؟ وهذا لأن التصرف في نصف المحل شائعاً دون البعض لا يتصور ، بخلاف العبد المشترك ، لأن ذلك إشارة إلى تعدد التصرف لا إلى تحيزه محل التصرف .

والدليل على [أن] الملك لا يتجزأ ، أننا أجمعنا على أنه لا يتصور الملك في الابتداء في النصف دون النصف .

ثم نقول : إن المملوكة إذا زالت عن النصف ، تثبت المالكية بقدره في الباقي ، لأنه لا يتجزأ ، وإذا ثبتت المالكية في الكل زال الرق عن الكل ضرورة .

ثم الدليل على أن الإعتاق لا يتجزأ أن إعتاق النصف يمتد إلى الباقي ، حتى لا يباع الباقي ولا هو يوهب ، وإنه لا يتجزأ في الاستيلاء .

والدليل على أن حق الاستيلاء لا يتجزأ - أن أحد الشريكين لو استولى ، تملك نصيب الآخر ، وتصور أم ولد له ^(١) . فحق العتق إذا كان لا يتجزأ ، فحقيقته أولى ^(٢) .

(١) قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٤٠٦ « وإذا كانت (أم الولد) مشتركة فحماة بولد ، فادعاه أحدهما : يثبت النسب منه ، وتصور الجارية كلها أم ولد له ، وضمن قيمة نصيب شريكه وضمن نصف العقر ويكون الولد حراً . فإن ادعاه الآخر يثبت النسب منهما جميعاً وتصور الجارية أم ولد لهما » .

(٢) في الأصل قلنا : « أولاً » .

والدليل على [ذلك] أن إعتاق أم الولد لا يتجزأ ، حتى إن أم الولد إذا أتت بولد فادعياءه ، يعتق كله^(١) .

وكذا معارض بالنص : « من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك »^(٢) .

الجواب :

الرق حق الشرع حالة الابتداء أم حالة البقاء ؟ قلنا : المعنى الذى أوجب كونه حقا للشرع فى الابتداء [وهو] كونه عقوبة وجزاء على الكفر ، وحقا للمسلمين وهو كونه وسيلة إلى دفع الشر عنهم - قائم فى حالة البقاء ، فيقتضى كونه حقا للشرع ولهم فى هذه الحالة .

قوله : تعلق به حقه وهو الملك - قلنا : بلى ، ولكن أثر هذا فى منع الغير من إبطاله ، حتى لا يثبت حقه ، لا فى إثبات ولاية الإبطال له ، لأن فى إبطاله إبطال حق الغير .

قوله : لم قلتم بأنه لا يتمكن من ذلك نيابة عن الشرع - قلنا : لأن النيابة خلاف الأصل .

قوله : نديه إلى الإعتاق - قلنا : الكلام / فى الإعتاق المنسوب إليه أنه إزالة الملك ١/٦٠

(١) راجع فيما تقدم المايش ١ ص ١٦٤ .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ : « عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : « من أعتق شريكا له فى عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد . وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه . ولما عن أبى هريرة : « وإلا قوم عليه واستسعى غير مشقوق عليه » وقيل إن السعاية مدرجة فى الخير . وانظر : سبل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ و ١٣٣٧ ص ١٤٩٧ - ١٥٠٠ وفيه : وللمعلماء فى المسألة أقوال أقوالها ما وافقه هذا الحديث وهو أنه لا يحق نصيب الشريك إلا بدفع القيمة ، وهو المشهور من مذهب مالك . وبه قال أهل الظاهر وهو قول للشافعى . وقالت الحادوية وآخرون : إنه يعتق العبد جميعه ، وإن لم يكن للمعتق مال فإنه يستسعى العبد فى حصة الشريك مستلدين » ص ١٤٩٨ منه .

قصدا وابتداء وزوال الرق بناء عليه :

قوله : إن الموجب الأصل لهذا التصرف إنما هو إثبات العتق والقوة - قلنا : ذلك لا يصلح موجبا ، لأنه لا يدخل تحت قدرته .

قوله : لم قلم بأن الملك يتجزأ - قلنا : لما ذكرنا من الأحكام :

قوله : بأن أثر هذه التصرفات في نقل الملك لا في إزالة الملك - قلنا : ليس كذلك ، بل أثرها في إزالة الملك ، بهدليل أن البيع والهبة يسمى غليكا^(١) ، لا نقلا للملك .

قوله : بأن التصرف في النصف لا يتصور - قلنا : في الجملة يتصور . وهو أن ينتفع بطريق التهاؤ . والمسألة ممنوعة على قول محمد بن سلمة - فإنه^(٢) قال : لو فتح الإمام بلدا وضرب الرق على أنصاف أهله يصح .

قوله : من ضرورة زوال المملوكية ثبوت المالكية - قلنا : لا نسلم ، بل يتصور أن يكون المحل لا مملوكا ولا مالكا .

قوله : يتعدى إلى الباقي - قلنا : هذا التصرف يوجب استحقاق إزالة الباقي موقوفا على التضمنين أو الإعتاق أو الاستسعاء رعاية للجوانب أجمع هـ .

وأما إعتاق أم الولد - [ف] يتجزأ أيضا ، إلا أنه يحتق الباقي في الحال ، لا لعلة عدم التجزئ ، بل لأنه لا فائدة في التأخير لعدم التضمنين والاستسعاء لعدم القيمة . وأما الاستيلاء [ف] لا يمكن تأخير ، لأن حق الحرية ثبت ، وهو مانع [من]^(٣) الوطء والاستيلاء ولا [يتأخر] إلى وقت سعاية الأم ، لأنه لا يجب عليها ، فيجب على المستولد ، لأنه أهل ، فيحتق بالضممان - أما هذا بخلافه .

وأما الحديث [ف] معارض بقوله : « من أعتق شقصا من عبد قوم عليه نصيب »^(١) « غليكا » غير واضحة في الأصل . قال في التحفة ، ٣ : ٢٦٥ : « حكم الهبة ثبوت الملك للموهوب له غير لازم .. » .

(٢) في الأصل : « فإن » . (٣) في الأصل : « و » .

شريكة إن كان موسرا وإلا عتي ما عتي ورق ما رق»^(١) .

على أنا نقول : قوله : « عتي كله »^(٢) أي يعتق كله معمولا على ما ذكرنا عملا^(٣) .

والله أعلم .

(١) راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ١٦٥ نقلا عن بلوغ المرام رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ .
وسيل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ - ١٣٣٧ ، ص ١٤٩٧ - ١٥٠٠ .

(٢) في الحديث المتقدم (ص ١٦٥) وهو : « من أعتق شقصا له من عهد عتي كله ليس لله فيه شريك » .

(٣) في الهامش من آخر هذه الصفحة (١/٦٠ من المخطوطة) « ... أم الولد غير متقومة إن ولدها يحدث حرا ولو كانت متقومة لكان الولد مالا متقوما بالأصل » وفي النسخة ، ٢ : ٤٠٩ :
« ... ولقب المسألة أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال (وفي نسخة : غير مال) عند أبي حنيفة رحمه الله - عملا^١ لهما » .

قال الكاساني ، ٤ : ٨٧ - « وكذا إعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتي النصف وإنما يثبت له العتي في النصف الباقي لا بإعتاقه بل لعدم الفائدة في بقاء نصيب الشريك كما في الطلاق والنفق عن التخصيص على ما عرف في مسائل الخلاف . والله أعلم .

وأما الاستيلاء فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزئ، فإن الأمة المشتركة بين اثنين إذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت أم ولد لهما إلا أنه إذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سب التكامل وهو نسبة كل أم الولد إليه بواسطة الولد على ما نذكره في كتاب الاستيلاء . وما من متجزئ إلا وله حال الكمال إذا وجد السبب بكمال يتكامل وإذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره . وفي مسائلنا وجد قاصرا فلم يتكامل » الكاساني ، ٤ : ٨٧ . وانظر : ابن الممام ، فتح القدير ج ٤ ، ص ٣٧٧ وما بعدها .

٦٧ - مسألة : العتق لا يتجزأ^(١) .

والوجه فيه - أن تجزؤ العتق إما أن يكون بثبوت العتق في جزء معين ، أو بثبوت العتق في جزء غير معين .

٢/٦٠ لا وجه للأول - / لأنه خلاف الإجماع .

ولا وجه للثاني - لأن العتق عبارة عن قوة [حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه^(٢)] . ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا - فقطع بعدم تجزؤه [٣] .

فإذا ثبتت القوة في جزء ، يتعين ذلك الجزء من بين سائر الأجزاء . وإذا انحصر تجزؤ^(٤) العتق في هذين القسمين .

وكل واحد منهما متنفذ [ف] انتفى التجزؤ^(٥) .

فإن قيل : التعليل يخالف مذهبكم بدليل ما ذكر محمد في الزهادات : رجل له ثلاثة أهد فدخل عليه اثنان فقال : أحلكما حر ، فخرج أحدهما ثم دخل الآخر فقال :

(١) راجع المسألة ٦٦ : « الإعتاق يتجزأ » ص ١٥٨ وما بعدها . ومحمد بن الحسن ، الأصل ، ٤ : ٢٣٢ - ٢٣٣ .

(٢) من الكاساني ، ٤ : ٩٨ . وفي الأصل عبارة غير مقروءة هكذا : « .. العتق عبارة عن قوة دافعة تحو سبب الملك توجه ... » .

(٣) من البحر الرائق لابن نجيم ، ٤ : ٢٥٣ . وانظر أيضا : الكاساني ، ٤ : ٨٦ . والزهلي والشلي عليه ، ٣ : ٧٢ .

(٤) كنا في الأصل دون نقط فنطلق « تجزؤ » أو « يجزؤ » .

(٥) عبارة « فإذا ثبتت القوة ... انتفى التجزؤ » كنا في الأصل - أثبتناها كما هي بعد محاولات متعددة في تقويم العبارة غير مجدية . وانظر في الموضوع : الكاساني ، ٤ : ٨٦ . والزهلي والشلي عليه ، ٣ : ٧٢ . وابن نجيم ، البحر ، ٤ : ٢٥٣ ، وللهاداية وشرحها وخاصة فتح القدير ، ٤ : ٣٧٧ وما بعدها . والله أعلم .

أحدكما حر ثم مات قبل البيان - فإنه يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه عند محمد . وعند أبي حنيفة وأبو يوسف نصفه - فاتفقوا على تجزئ العتق .

ثم نقول : لم قلم بأنه لا يثبت العتق في جزء غير معين ؟ .

قولكم : لو ثبت في جزء تخصص ذلك الجزء بزيادة قوة ، فيلزم منه تمييزه من بين سائر الأجزاء . قلنا : متى ؟ إذا عرف ذلك الجزء من بين سائر الأجزاء أم إذا لم يعرف ؟ م ع - ولا يمكن دعواه ، بل دليل أن بيع الجزء المشاع جائز وإن لم يتعين من بين سائر الأجزاء ، ولكن لما [لم يعرف]^(١) من بين سائر الأجزاء لا يثبت التعيين .

ثم نقول : ثبوت العتق في الكل يكون عتقا من غير إعتاقه ، وذلك ضرر .

ثم هذا معارض بما أورده البخاري ومسلم في الصحيحين عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من أعتق شريكا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد يوم العبد عليه قيمة غَدَل ، فأعطى شركاء حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق »^(٢) .

الجواب :

قوله : التعليل يخالف مذهبكم - قلنا : لا نسلم .

وأما المسألة - قلنا : الإعتاق ثمة عبارة عن إزالة الملك / ، لأن الملك يتجزأ وليس من ضرورة تجزؤ الملك تجزؤ العتق ، على ما قررنا في مسألة تجزؤ الإعتاق^(٣) .

قوله : لم قلم بأنه لا يثبت في جزء غير معين - قلنا : لما ذكرنا .

(١) في الأصل : « تعرف » .

(٢) راجع فيما تقدم المامش ٢ ص ١٦٥ . وبلوغ المرام رقم ١٢٢١ ص ٢٢١ . وسيل السلام ، ٤ : ١٣٣٦ ، ١٣٣٧ ص ١٤٩٧ - ١٥٠٠ .

(٣) راجع المسألة السابقة « الإعتاق يتجزأ » رقم ٦٦ ص ١٥٨ وما بعدها .

قوله : متى ؟ إذا عرف من بين سائر الأجزاء أم إذا لم يعرف - قلنا : إذا ثبت أنه اختص بزيادة القوة يلزم منه تعيينه من بين سائر الأجزاء .

وأما ما ذكر من جواز بيع الجزء المشاع - قلنا : البيع تصرف في الملك والملك يتجزأ ، أما العتق [فـ] تصرف في الرق ، و^(١) الرق لا يتجزأ .

وأما قوله : ثبوت العتق في الكل يكون عتقا من غير إعتاقه ، وذلك ضرر - قلنا : نعم ، ولكنه ضرر حصل ضمنا وضرورة ، لما ذكرنا من الدليل ، وإنه ينجبر هذا الضرر بالضمان أو الاستمعاء رعاية للجواب .

وأما الحديث - [فـ] معارض بما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « من أعتق شقيصا من مملوك فعليه خلاصه في ماله . فإن لم يكن له مال قوم المملوك قيمة عدل ثم استسمى غير مشقوق عليه » متفق على صحته^(٢) ولو لم يعتق^(٣) الكل لما أوجب الضمان أو السعاية ، لمكان النافي .

٦٧ مكررا^(٤) - مسألة : إذا اشترى أباه ناهيا عن كفارة يمينه أجزاء من الكفارة ، خلافا له .

والوجه فيه - أنه أتى بتحرير الرقية ، فوجب أن يخرج عن المهدة .

ونما قلنا ذلك - لأنه أتى بإعتاق الرقية ، لأن الإجماع منعقد على ثبوت العتق في الخلل ، ولا يثبت العتق في الخلل إلا بإعتاقه لمكان النافي .

وإذا ثبت أنه أتى بتحرير الرقية ، وجب أن يخرج عن المهدة ، لأن المعنى من بقاءه في المهدة استحقاقه للعقاب المتعلق بترك الإتيان بالتحرير ، ويستحيل ذلك ولا ترك^(٥) .

(١) « و » غير ظاهرة في الأصل وموضعا يابض .

(٢) راجع فيما تقدم ص ١٦٥ والمباحث ٢ منها .

(٣) في الأصل « نعتق » . (٤) كررنا الرقم لعدم تغير الأرقام التالية .

(٥) الظاهر أنه يستحيل غروجه عن المهدة وعن العقاب بلا ترك الإتيان بالتحرير .

فإن قيل : لا نسلم بأن الإعتاق وجد منه .

قولكم : بأن العتق ثابت في المحل ، ولا يثبت العتق في المحل بدون إعتاقه / لما فيه من ٢/٦١
ضرر زوال الملك - قلنا : لا نسلم بأن ملك الابن ثابت^(١) على الأب ، وهذا لأن
الملك عبارة عن القدرة على التصرفات ، والابن لا يملك على ربة الأب من التصرفات
شيئا ، فلا يكون^(٢) الملك ثابتا .

ولئن سلمنا أنه وجد منه الإعتاق ، ولكن لم قلتم بأن الأب ربة - وهذا لأن الربة
عبارة عن المملوك - هكذا ذكره الخليل^(٣) ، والأب ليس بمملوك لما ذكرنا .

ولئن سلمنا أنه مملوك ، ولكن متى يخرج عن العهدة : إذا كان منتفعا به أم إذا لم
يكن ؟ م ع . وهذا لأننا أجمعنا على أنه لو أعتق العمياء والشلاء ، لا يخرج عن
العهدة ، لقوات بعض الانتفاعات ، فههنا أولى ، لقوات الكل .

ولئن سلمنا أنه منتفع به ، ولكن متى يخرج عن العهدة : إذا كان الإعتاق بعوض أم
إذا لم يكن ؟ م ع . ولا يمكن دعوى الأول ، لأنه لو أعتق على مال نأواها عن الكفارة لا
يصح ، والإعتاق ههنا بعوض ، وهو الثواب الحاصل بمجازاة نعم الأب ، لقوله عليه
السلام : « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه ، فيعتقه »^(٤) .

الجواب :

أما قوله : بأن ملك الابن ثابت على الأب^(٥) - قلنا : لأن العتق ثابت ولا عتق

(١) « ثابت » غور واضحة في الأصل .

(٢) في الأصل : « فلا يكون فلا يكون » فذكرت العبارة .

(٣) لا توجد نقطة على الخاء في الأصل . وفي مختار الصحاح : « والربة أيضا للمملوك » .

(٤) ذكره في بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٢ ص ٢٢١ بلفظ : « لا يجزى ... » بدل « لن ..
يجزى ... » وانظر أيضا فيه رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٢٨ و ١٣٣٩
ص ١٥٠١ - ١٥٠٢ .

(٥) في الأصل : « على الابن » وظاهر أنه خطأ من الناسخ .

بدون الملك ، لقوله عليه السلام : « لا عتق إلا فيما يملك »^(١) وكذا قوله عليه السلام : « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر »^(٢) .

وأما قوله بأن الابن^(٣) لا يملك التصرفات عليه - قلنا : لأن شرطه دوام الملك ، ولم يوجد .

أما قوله : لم قلم بأن الأب رقة - قلنا : لأن الرقة ذات أو مملوك^(٤) ، والأب ذات ومملوك لما ذكرنا .

قوله : متى يخرج عن العهدة : إذا كان منتفعا به أم إذا لم يكن ؟ قلنا : إذا كان منتفعا به وهو منتفع به .

قوله : الابن لا ينتفع به - قلنا : إمكان الانتفاع ثابت ، وهو منتفع لولا المانع .

قوله : متى يخرج عن العهدة : إذا كان الإعتاق بعوض أم إذا لم يكن ؟ - قلنا : إذا كان بغير عوض ، وإنه بغير عوض دنيأوى ، والمانع من الخروج عن العهدة هو العوض الدنيأوى كما ذكر ، أما ههنا بخلافه .

٦٨ - مسألة : الشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد ، خلافا لهما .

(١) لم يورده صاحب بلوغ المرام . في « كتاب العتق » ولا في « باب المدير والمكاتب ولم يولد » انظر فيه ص ٢٢١ - ٢٢٣ . وسبل السلام ، ٤ : ص ١٤٩٤ - ١٥١٢ .

(٢) أورده صاحب بلوغ المرام تحت رقم ١٢٢٣ ص ٢٢٢ . وكذا صاحب سبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٩ ص ١٥٠١ - ١٥٠٢ .

(٣) في الأصل كذا : « الأب » .

(٤) في المعجم الوسيط : الرقة وتطلق على جميع ذات الإنسان تسمية للشئ باسم بعضه لشرفه وأهميته . وجعلت في التعارف اسما للمملوك أو المكاتب . تقول : أعتق رقة : عبدا أو أمة . وأعتق الله رقبته .

والوجه فيه - أن هذه شهادة قامت على حق العبد ، فلا تقبل من غير دعواه ، قياسا على الشهادة القائمة على ملك الأموال .

وإنما قلنا ذلك - لأنها قامت على غثقه ، وعتقه حقه ، لأن حق العبد ما تعلق به نفع عاجل للعبد ، وعتقه قد تعلق به نفع عاجل له ، وهو تمكنه من استيفاء مصالح نفسه وأهليته للقضاء والشهادة وغيرها ، ودفع ضرر تملك الغير عن نفسه ، فامتناعه من الدعوى يدل على أن الحق غير ثابت ، لأنه لو كان ثابتا لأقدم عليه استيفاء لحقه ، وإذا لم يكن ثابتا ، يحتل الصدق في الشهادة ، فلا تقبل .

فإن قيل : قولكم بأن العتق قد تعلق به نفع عاجل للعبد - قلنا : نفع يقصد بالإعتاق أم نفع يحصل بطريق الاتفاق ؟ ع م - وهذا لأن النفع الذى يقصد بالإعتاق حصول الثواب والثناء ، لا نفع العبد ، فلا يشترط الدعوى لمثل هذا النفع الاتفاق .

ولكن سلمنا أنه تعلق به نفع العبد مقصودا ، ولكن كل المقصود أم بعض المقصود ؟ ع م - وهذا لأن نفع العبد كما هو مقصود من شرع الإعتاق ، فثبوت أهلية حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والحج والكفارات والجمع وغيرها أيضا مقصود للشرع . وإذا كان حق الشرع من وجه وحق العبد من وجه ، تقبل الشهادة من غير دعواه ، كالشهادة على عتق الأمة وطلاق المرأة .

ولكن سلمنا أنه هذا نفع يختص بالعبد ، ولكن كما أن العبد ينتفع ، فالناس / أيضا ٢/٦٢ ينتفعون بذلك ، فتقبل الشهادة من غير دعواه ، كما في الحدود .

ولكن سلمنا أنه حق العبد ، ولكن لم قلّم بأن امتناعه يدل على أن الحق غير ثابت ؟ .

قوله : لو كان ثابتا لأقدم على الدعوى استيفاء لحقه - قلنا : متى ؟ إذا كان عالما بالنفع المتعلق بالإعتاق أم إذا لم يكن ؟ ع م - وهذا لأن المولى ربما أعتقه بغير علمه .

ولكن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على إقدامه ، ولكن تعلق الضرر بالعتق بسبب وجوب المؤن والنفقات مما يمنه عن ذلك .

الجواب :

قوله : نفع العبد قصد بالإعتاق أم لم يقصد ؟ قلنا : قصد ، لأن العبد محتاج إليه ، وهو يستحق النظر والكرامة ، والشرع ورد به .

قوله : كل المقصود أم بعض المقصود ؟ قلنا : كل المقصود الأصلي من شرع الإعتاق ، لأنه يتصور العتق بدون اندفاع^(١) تملك الغير عنه .

أما أهلية حقوق الله مما ينفك العتق عنها ، بدليل الطفل والمجنون - بخلاف الأمة والطلاق ، فإنه يضمن تحريم الفرج وضربها فوق ضرر العبد^(٢) .

قوله : كما أن العبد يتنفع به ، فالناس يتنفعون به - قلنا : بلى ، ولكنه يتنفع^(٣) بحصته ، بخلاف الخلود ، لأنهم يتنفعون بها بطريق الانزجار .

قوله : بأن المولى ربما أعتقه بغير علمه - قلنا : لو كان العتق حاصلا ، لكان العبد عالما به ظاهرا وغالبا ، لأن من أنعم على غيره ، فالظاهر أنه يعلمه تطييبا لقلبه وطلبها للمدح والثناء .

قوله : تعلق العتق بالضرر^(٤) يمنعه - قلنا : نفع الإعتاق يزيد على ضرره ، بدليل أن كل عبد إذا خبر بين الحرية والرق ، يختار الحرية ، فعلم أنه لا يقابله الضرر ، فلا يمنعه من الدعوى .

والله أعلم .

(١) لعل الأوضح أن يقال : « بدون دفع ... » أو « مع اندفاع .. » .

(٢) هذا رد على قوله المتقدم (ص ١٧٣) : « فثبت أهلية حقوق الله تعالى من وجوب الزكاة والحج والكفارات والجمع وغيرها أيضا مقصود للشرع . وإذا كان حق الشرع من وجه وحق العبد من وجه تقبل الشهادة من غير دعواه كالشهادة على عتق الأمة وطلاق المرأة » وذلك لتحريم الفرج - انظر الكاسالى، ٤ : ١١٠ - ١١١ .

(٣) في الأصل : « يتنفع » .

(٤) قبل كلمة « بالضرر » كلمة غير واضحة . وهو رد على القول فيما تقدم : « ... ولكن تعلق الضرر بالعتق بسبب وجوب المؤن والنفقات مما يمنعه من ذلك » .

٦٩ — مسألة : رجلان اشتريا عبدا أو اتبعا عبدا هو قريب أحدهما حتى عتق نصيبه ، لا يضمن لشريكه نصيبه / ، علم بذلك أو لم يعلم . وقالا : يضمن . ١/٦٣ والوجه - أنه رضى بإفساد ملكه أو بإبطاله ، فلا يجب الضمان ، قياسا على ما إذا قال لشريكه « أعتق » .

وإنما قلنا ذلك - لأن الخلاف فيما إذا قال للشريك القريب ، « اشتر هذا العبد معي » وهذا طلب شراء القريب ، وشراء القريب يلزمه^(١) العتق ، والعق يلزم^(٢) إفساد نصيبه ، والرضا بالشئ رضا به ويلزمه ، والرضا بالضرر يخرج من أن يكون ضررا ، فلو وجب الضمان ، لا لدفع الضرر ، يكون ضررا ، والشرع ينفي^(٣) الضرر . فإن قيل : قولكم بأنه رضى بإفساد ملكه - قلنا : لا نسلم ، وطلاته ظاهر من وجهين : أحدهما - أنه ضرر ، والماعقل لا يرضى بالضرر . والثاني - أن بذل العوض في مقابلة العبد دليل على المصلحة به ، فلا يرضى بإبطاله .

قوله : طلب الشراء - قلنا : طلب الشراء من حيث إنه تملك أو من حيث هو إعتاق ؟ ع . دل عليه أنه لو رضى به من حيث هو إعتاق وإفساد ، لكان هذا شراء بشرط الإعتاق ، وإنه فاسد ، وحيث لم يفسد علم أن الرضى به لم يتعلق^(٤) .

ولئن سلمنا أنه رضى به ، ولكن مطلقا أم بشرط الضمان ؟ ع م . وهذا لأن الظاهر لا يرضى بالضرر المحض ، فكان رضاه مشروطا بالضمان ، فيجب الضمان^(٥) .

ولئن سلمنا أنه رضى به مطلقا ، ولكن الرضا ينفي ضمان التملك أو ضمان

(١) كنا الظاهر وقد تكون « يلزم » .

(٢) كنا الظاهر في الأصل .

(٣) هذه الكلمة « ينفي » غير واضحة في الأصل .

(٤) انظر : الكاساني ، البائع ، ٤ : ٤٩ - ٥٠ .

(٥) راجع ما تقدم قبل بسطور قليلة قوله : « والثاني - أن بذل العوض في مقابلة العبد دليل على المصلحة به فلا يرضى بإبطاله » .

الاتلاف ؟ ع م : يانه - أن هذا ضمان تملك ، بدليل أنه لا يتمكن من إفساد نصيب الغير وإبطاله إلا بالتملك ، وإنه لا ينفي الضمان ، كما إذا استولد أحدهما الجارية المشتركة برضا صاحبه : يجب الضمان - كذا هذا .

الجواب :

قوله : الظاهر من حال العاقل أنه لا يرضى بتلف ماله - قلنا : متى ؟ إذا تعلق به نفع أم إذا لم يتعلق ؟ ع م - وقد تعلق به نفع ، وهو ثبوت العتق على / وجه يستفيد الثناء والثواب أو المال بسبب السعاية على بعض الروايات . ٢/٦٣

وه يخرج الجواب عن قوله : بذل العوض في مقابلته .

قوله : طلب الشراء من حيث هو تملك أو من حيث هو (١) إعتاق - قلنا : من الوجهين جميعا (٢) ، لأنه طلب الشراء ، وهذا الشراء له وصفان : التملك والإعتاق ، والرضا به يكون رضا بالوصفين جميعا .

قوله : لو رضى به من حيث هو إعتاق ، لكان شراء بشرط الإعتاق ، فيفيد - قلنا : لا نسلم ، فإن الشراء إما يفيد باشتراط الإعتاق فيه ، ولم يوجد منهما ذلك ، بل وجد الرضا بموجب الشراء .

قوله : بأن الإعتاق بدون الضمان إضرار ، والظاهر أنه لا يرضى به - قلنا : إنما لا يكون راضيا به إذا لم يقابله نفع يعادله ، وقد قابله على ما مر . على أن كونه عاقلا ، إن كان يمنع الرضا بدون الضمان ، فكون القريب عاقلا يمنع الترام الضمان .

قوله : بأن هذا ضمان تملك أو ضمان إفساد - قلنا : ضمان إفساد : أما على أصل ألى حنيفة ، فلائن الإعتاق يتجزأ (٣) . وأما على أصلهما ، وإن كان لا يتجزأ (٤) ، ولكنه ليس يملك أصلا ومقصودنا بل ضمنا ضرورة ، فلا يراعى فيه حكمه .

(١) عبارة « تملك أو من حيث هو » وردت في الهامش مع علامة النقص في هذا الموضع .

(٢) في الأصل كذا : « جميعا » - ونظر ما على بعد كلمات .

(٣ - ٤) راجع فيما تقدم المسألة رقم ٦٦ ص ١٥٨ وما بعدها .

٧٠ - مسألة : المكاتب إذا مات عن ولاء ، لا يفسخ عقد الكتابة ، بل يؤدي بدل الكتابة عنه ، ويحكم بحريته وحرية أولاده وسلامة أكسابه . وعنده يفسخ وتسلم الأولاد والأكساب للمولى^(١) .

والوجه فيه - أن عقد الكتابة صدر مطلقاً ، غير مختص بزمان دون زمان ، فوجب القول ببقائه ، قياساً على موت المولى .

وإنما قلنا ذلك - لأن الكلام فيما إذا لم يقيد بزمان ، فوجب القول ببقائه ، لأن المصالح المتعلقة بالكتابة للمولى وللمكاتب ، من حصول بدل الكتابة والولاء والثواب وحصول شرف الحرية وعق الأولاد يمكن تحصيلها بعد الموت عن ولاء ، فيبقى هـ / ، ١/٦٤ تحصيلها .

فإن قيل : قولكم بأن مصالح الكتابة يمكن تحصيلها بعد الموت - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن حاجة المولى الوصول إلى المال ، ويفسخ الكتابة يكون المال أبلغ حصولاً ، لأنه يسلم له أكسابه وأولاده ، وذلك أوفر من بدل الكتابة ، وحاجة المكاتب من الحرية تتكمن من التصرفات وأهليته للولايات والشهادات ، وهذه الحوائج تنهى بالموت . أما عتق الأولاد فذلك من توابع الكتابة ، فلا معول عليها .

وأما القياس على موت^(٢) المولى - فالفرق ظاهر ، لأن المولى عاقد والمكاتب عاقد ومعقود عليه ، وهلاك العاقد لا يخل ببقاء العقد ، ولكن هلاك المعقود عليه يخل به ، كموت البائع وهلاك المبيع . ولأن الحرية لو ثبتت : إما أن تثبت قبل الموت أو بعده : لا وجه للأول ، لانعدام شرط الحرية وهو الأداء . ولا وجه للثاني ، لانعدام الأهلية والمصلحة أو لانعدام الفائدة ، فلا تثبت .

الجواب :

أما قوله بأن حاجة المولى الوصول إلى المال ويفسخ الكتابة يكون المال أبلغ

(١) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٤١٩ .

(٢) « موت » غير ظاهرة في الأصل .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٢)

حصولا - قلنا : عقد الكتابة ما عقد للوصول إلى مطلق الحال ، بل إلى بدل الكتابة والثناء والثواب ، ولا حصول لهذه الأغراض إلا ببقاء عقد الكتابة .

قوله : حاجة المكاتب تنتهي بالموت - قلنا : لا نسلم ، بل حاجته قائمة ، لأن حاجته تحصيل آثار الحرية والمكسبه لاكتسابه^(١) على وجه يظهر في حق تجهيزه وقضاء ديونه وحرية أولاده ودعائهم له بعد موته .

قوله : بأن هلاك المعقود عليه يخل ببقاء العقد - قلنا : يخل ببقاء العقد لذاته أو لتعذر الوصول إلى مقاصد العقد ؟ ع م . وهذا لأن الحكم المختص بالكتابة استحقاق الاكتساب^(٢) والحرية ، ويمكن إثبات الحرية في آخر جزء من أجزاء حياته . بخلاف هلال المبيع / فإنه يمنع الوصول إلى المقصود المطلوب من العقد . ٢/٦٤

قوله : الحرية لو ثبتت إما أن تثبت قبل الموت أو بعده - قلنا : قبل الموت . قوله : شرط الحرية الأداء ولم يوجد - قلنا : شرط الحرية الأداء على تقدير بقاء المكاتب . أما على تقدير موته [فـ] نقدره حيا مؤديا حكما ، دفعا للحاجة من الجائنين ، كما في موت المولى فإننا نقدره معقبا مع ما ذكرتم من التردد .

٧١ - مسألة : بيع المدير المطلق لا يجوز . وهو أن يقول لعبده : « دبرتك » أو يقول : « أنت حر بعد موتى » .

وأجمعوا على أن بيع المدير المقيد يجوز ، وهو أن يقول : « إذا مت من هذا المرض فأنت حر » .

والوجه فيه - أن التدبير انعقد سببا للحرية في الحال ، فوجب الحجر عن البيع ، قياسا على الاستيلاء^(٣) .

(١) كنا في الأصل : « لاكتسابه » وتقدم في عبارة المسألة نفسها : « أكسابه - والأمساب » . وكذا في مجال البيان « أكسابه » .

(٢) انظر الهامش السابق .

(٣) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٤٠٨ - ٤١٠ .

وإنما قلنا ذلك - لأن الحرية بعد الموت إنما تحصل به ، ولا يمكن أن يكون سببا بعد الموت ، لعدم الأهلية ، فتعين أن يكون سببا في الحال ، فوجب الحجر عن البيع ، لأن في البيع إبطال حق العبد ، وإنه ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن التدبير انعقد سببا للحرية في الحال - قلنا : أيش تعنى به ؟ تعنى به أنه يلزم من كلامه الحرية عند وجود الشرط ، فهذا مسلم ، ولكنه لا يمنع البيع - دل عليه أنه لو قال له : « إن دخلت الدار فأنت حر » ، لا يمنع البيع قبل دخول الدار . وإن عتيت به أن هذا الكلام علة للحرية فممنوع - دل عليه أنه لو قال : « إن مت من مرضى هذا » لا يمنع البيع - كذا هذا .

ولكن سلمنا أنه انعقد سببا ، ولكن لم قلتم بأنه لا يمكن أن يكون سببا بعد الموت ؟ .
قوله : انعدمت الأهلية - قلنا : حقيقة أم حكما ؟ م ع . وهذا لأن الشرع يقدره أهلا عند وجود / الشرط ، كما إذا قال : « إن دخلت الدار فأنت حر » ثم جن ثم دخل الدار ، يحق - كذا هذا .

ولكن سلمنا أنه انعقد سببا ، ولكن مشروطا بخيار الإبطال ، لأنه في معنى الوصية ، فيشترط فيه خيار الإبطال .

ولكن سلمنا أن الإبطال ممنوع - ولكن لم قلتم بأن البيع يعطل التدبير ؟ وظاهر أنه لا يعطله حتى لو باعه ثم اشتراه يكون مديرا ، وإذا مات يحق من غير تدبير جديد .

الجواب :

عينا بسبب الحرية كونه [محققا لحالة^(٢)] شرعية تقتضى ثبوت الحرية ، كسائر الأسباب الشرعية^(٣) - بخلاف قوله : « إن دخلت الدار فأنت حر » ، لأن هناك

(١) هنا كلمة غير ظاهرة .

(٢ - ٣) في الأصل غير كاملة فيه كذا : « محمداً حاله » . وفي تعريفات الجرجاني : « السبب في الشريعة عبارة عما يكون طريقا للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه » وفي ميزان الأصول للميرقندي ، ص ٦١٠ : « وهو ما يتوصل به إلى الحكم من غير أن يثبت » كالحبل الذي هو =

أخبرنا الحكم عن السبب ضرورة . أما لا ضرورة ههنا . أو نقول ثمة : لم يثبت وصف السببية في الحال ، بل منع من انعقاده سببا . وبخلاف المدير المقيد ، لأنه تعذر جعله سببا بعد الموت - لما مر ، وتعذر جعله سببا للحال ، لأنه تردد في جعله سببا ، لأنه ربما يموت من هذا المرض وربما لا يموت ، أما ههنا بخلافه .

قوله : انعدمت الأهلية بعد الموت حقيقة أم حكما ؟ - قلنا : حقيقة وحكما . أما حقيقة فظاهر . وأما حكما ، فلأنه لا يجرى عليه أحكام الأحياء - بخلاف قوله : « إن دخلت الدار فأنت حر » ثم جن ، لأن ثمة يمكن تقديره أهلا ومعقا . ووجه الفرق أن هذا تصرف محتاج إليه عادة ، فتكلفنا لتصحيحه^(١) .

قوله : هذا سبب مشروط بخيار الإبطال - قلنا : لا نسلم .

قوله : التدبير وصية - قلنا : لا نسلم ، بل هو تمليك بعد الموت . ولهذا لا ينعقد بلفظ الوصية ، ولا يعتبر من الثلث ، ولا يرد بالرد^(٢) .

قوله : لم قلتم بأن التدبير يطل بالبيع - قلنا : لأن السبب إما ينعقد ليفضي إلى الحكم ، إما قطعاً أو غالباً . فإذا باع فالظاهر أنه يبقى على ملك المشتري / فيصير الحكم موهوماً غير غالب .

والله أعلم .

= سبب يتوصل به إلى الماء ، وإن كان يحصل الوصول بالاستقاء . وكذلك الطريق يتوصل به إلى المقصد وإن كان الوصول يحصل بالمشي ، لا به « .

(١) هنا في الهامش عبارة غير مقروءة من معالمها : « هذا الطريق وذلك يحتاج إليه ولا يتكلف لتصحيحه » .

(٢) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٤١٢ وما بعدها .

[٧]
كتاب الإيمان

٧٢ — [مسألة :] إذا قال الرجل : « لله على أن أذبح ولدى أو أنحره » (١) -
يصح (٢) نذره ويخرج عن العهدة بذبح شاة .

وأجمعوا على أنه لو قال : « لله على أن أقتل ولدى » - إنه لا يصح .
والوجه فيه - أن الناذر بذبح الولد مأمور بذبح الولد ، فيلزمه ذبح الشاة بطريق
الفداء ، استدلالا بقصة (٣) الحليل عليه السلام .

وإنما قلنا : إن الناذر بذبح الولد مأمور بذبح الولد لقوله تعالى : ﴿ وليوفوا
نذورهم ﴾ (٤) - أمر الله تعالى بالوفاء بالنذر مطلقا ، والوفاء ههنا بالنذر ذبح الولد .
وإنما قلنا يلزمه ذبح الشاة ، لأن الإتيان بعين المنذور به تعذر ههنا بالإجماع ، فيجب
الإتيان بالفداء وفاء بالنذر ، بقدر الإمكان - كما ذكرنا في قصة (٥) الحليل عليه
السلام .

فإن قيل : قولكم بأن الناذر بذبح الولد مأمور به - قلنا : أولا - لا نسلم أنه
ناذر ، وإنما سميناه « ناذرا » بطريق المجاز ، لأن النذر تصرف إيجاب مضافا إلى محل
قابل ، وإنه غير موجود ههنا .

(١) الذبح في الحلق والتحر في اللبّة - مختار الصحاح .

(٢) في الأصل كنّا : « نصح » .

(٣) قد تكون « بقضية » - انظر فيما على الهامش ٥ ، وسيأتى فيما بعد « قصة » و
« بقضية » .

(٤) الحج : ٢٩ - ﴿ ثم ليقتضوا نفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ .

(٥) لعلها : « قضية » راجع فيما تقدم الهامش ٣ . وسيأتى فيما بعد : « قصة » و
« بقضية » .

ولكن سلمنا أنه ناكِر ، ولكن لم قلم بأنه مأمور بذبح الولد ؟ .
وأما النص - قلنا : لا يتناول ، لأنه ورد في شأن الحج ، فكان المراد منه ذبح الشاة
والهذى^(١) لا ذبح الولد .

ولكن سلمنا أنه مأمور بذبح الولد - لكن لم قلم بأنه يلزمه ذبح الشاة ؟ .
قوله : تعذر الإتيان بعين المنذور - فيجب الإتيان بالفداء - قلنا : لا نسلم بأن
الإتيان بالفداء يصلح أن يكون وفاء بالنذر بوجه من الوجوه .
وأما قصة الخليل - قلنا : لا نسلم بأنه أمر بذبح الولد . أو نقول : أمر بمقدمات
الذبح ، وقد أتى بها . أو نقول ، لم قلم بأن ذبح الشاة كان واجبا بذلك الأمر ؟ .
ولا نسلم أن الشاة تصلح فداء ، ولأن ذبح الشاة ههنا : إما أن يجب بطريق الفداء
أو لا بطريق الفداء .

١/٦٦ إن قال بالثاني - فلا يصح الاستدلال بقضية الخليل . وإن / قال بالأول ، فلا
يمكن ، لأن الفداء ما يتحمل مكروها متوجها على الغير بحيث لولاه لنزل به^(٢) . وهذا
يتصور في حق الخليل عليه السلام ، أما لا يتصور في المتنازع فيه ، وصار هذا كما إذا
قال : لله على أن أقتل ولدي أو أذبح عبيدي - فإنه لا يصح نذره - كذا هذا .
ثم هذا معارض بما روى البخاري وأبو داود في صحاحهما^(٣) عن عائشة قالت :
قال رسول الله ﷺ : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصى الله فلا
يعصه^(٤) » وما روى مسلم وأبو داود في الصحيح عن عمران بن حصين قال : قال
رسول الله ﷺ : « لا وفاء لنذر في معصية ، ولا فيما [لا] يملك العبد^(٥) » مختصر من

(١) الهذى ما يهذى إلى الحرم من الثمن - مختار الصحاح .

(٢) في تعريفات الجرجاني : « الفداء البذل الذي يتخلص به المكلف عن مكروه توجه
إليه » .

(٣) في الأصل : « في صحاحهم » .

(٤ - ٥) في بلوغ المرام ، رقم ١١٨٠ ص ٢١٥ : « ... والبخاري من حديث عائشة : =

حديث طويل .

الجواب :

الدليل على أن هذا نذر حقيقة أن هذه الصيغة إذا أضيفت إلى الشاة كانت نذرا ، والمعصية لا تخرجه من أن يكون نذرا ، لأنه سمي « نذرا » في الحديث ، والأصل هو الحقيقة .

قوله : الآية نزلت في حق الحاج - قلنا : إذا ثبت هذا الحكم في حق الحاج ، ثبت في حق غيره ، بتيجة الإجماع .

قوله : إن كان مأمورا بذبح الولد لم يلزمه ذبح الشاة - قلنا : توفيراً لأحد موجبي الأمر .

قوله : لم قلّم بأنه يصلح موجبا - قلنا : استدلالا بقصة الخليل .

قوله : لم قلّم بأن الخليل أمر بذلك - قلنا : لقوله : ﴿ يا أبت افعل ما تؤمر ﴾ (١) ، أي ما أنت مأمور به في الحال .

قوله : أمر بمقدمات الذبح - قلنا : لا نسلم ، بل بالذبح بدليل سياق الآية (٢) .

قوله : لم قلّم : إن ذبح الشاة كان واجبا بذلك الأمر - قلنا : لأن الله سماه

« ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » ولسلم من حديث عمران : لا وفاء لنذر في معصية » وفيه أيضا ، رقم ١١٨٣ ص ٢١٥ : « ومن ثابت بن الضحاك أن رسول الله ﷺ قال من حديث طويل : « أوف بنورك ، فإنه لا وفاء لنذر في معصية الله ولا في قطيعة رحم ولا فيما لا يملك ابن آدم » رواه أبو داود والطبراني واللفظ له وهو صحيح الإسناد وله شاهد من حديث كركم عند أحمد . وانظر أيضا فيه رقم ١١٨٦ ص ٢١٦ . وكلنا سبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٨٩ و ١٢٩٠ ص ١٤٥٠ - ١٤٥١ ورقم ١٢٩٣ ص ١٤٥٣ و ١٤٥٤ .

(١) الصفات ١٠٢ وانظر الهامش التالي .

(٢) راجع من سورة الصفات الآية ١٠٠ وما بعدها ومنها الآية ١٠١ : ﴿ فلما بلغ معه السعي قال يا بني إلى أرى في المنام أني أذبحك فانظر ماذا ترى ... ﴾ .

فداء (١) .

قوله : لم قلم بأنه يصلح فداء - قلنا : لأن تسميته ، [و] قد أعقبت الأمر بذبح الولد ، يدل على التصور والصلاحية .

قوله : أوجب ذبح الشاة بطريق الفداء أم بطريق الإبتداء ؟ قلنا : بطريق الفداء ، لأننا نوجب بواسطة إيجاب الله / تعالى ، لأنه أمر بالوفاء بالنذر ، فكان الأمر متناولا لذبح الولد ، فكان بحال لولا وجوب ذبح الشاة ، لوجب ذبح الولد . ٢/٦٦

وأما قوله : « لله على أن أقتل ولدى » - قلنا : هذه اللفظة لا تستعمل في القربات التى يصح التزامها بالنذر ، حتى لو قال : « لله على أن أقتل شاقى » لا يصح النذر ، والنذر بذبح العبد خص عن قضية النص ، فلا يدل على التخصيص ههنا .

وأما الحديث الأول - قلنا : نقول بموجبه : إنه لا يعصى الله بذبح الولد .

وأما الحديث الثانى أيضا - قلنا : بموجبه ، لأنه لا وفاء حيثشذ بذبح الشاة ، إنما الوفاء بذبح الولد ، وذلك المنفى بالحديث .

والله أعلم .

٧٣ - مسألة : اليمين القموس لا توجب الكفارة (٢) .

والوجه فيه - أن هذه جنابة مكفرة بالتوبة ، فلا تجب كفارة أخرى ، قياسا على سائر الجنائيات (٣) .

(١) سورة الصفات : ١٠٧ : ﴿ وقد ينه بذبح عظيم ﴾ .

(٢) - (٣) انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٤٣٥ - ٤٣٦ : « وأما اليمين التى لا تكفر فهى يمين القموس - وهى اليمين الكاذبة قصدا - فى الماضى : كقوله : « والله لقد دخلت هذه الدار » وهو يعلم أنه ما دخلها . وفى الحال نحو قوله لرجل : « والله إنه عمرو » مع علمه أنه زند - ونحوها . وحكمها وجوب التوبة والاستغفار ، دين الكفارة بالمال ، عندنا . وعند الشافعى : تجب الكفارة بالمال - وهى مسألة معروفة » .

وإنما قلنا إنها مكفرة بالتوبة بالنصوص ، نحو قوله تعالى : ﴿ وتوبوا إلى الله جميعاً - الآية ﴾ ^(١) وقوله عليه السلام : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقوله : « التوبة تمحو الحonte » ^(٢) ، فلا تجب الكفارة ، لأن الدليل ينفي إيجاب الكفارة لكونه ضرراً ، إلا أنا خالفناه في بعض الصور ولا نخالقه ههنا .

فإن قيل : قولكم بأن هذه جنابة مكفرة بالتوبة - قلنا : لا نسلم .

وأما النصوص - قلنا : خص منها اليقين المتعقدة ، وهي مثل هذه الجنابة في كونه هتكا لحرمه اسم الله ، فالتخصيص ثم تخصيص ^(٣) ههنا .

ولئن سلمنا أنها مكفرة بالتوبة - ولكن لم قلّم بأنه لا يجب الإعتاق ؟ .

قوله : لأنه ضرر ^(٤) - قلنا : متى يكون ضرراً : إذا قابله نفع أم إذا لم يقابله ؟ ع م - وهذا لأن العقلاء لا يطلقون اسم الضرر على الزراعة والحجامة ^(٥) وغيرها لما قابلهما من النفع ، فكذا الإعتاق : قابله نفع ، وهو الثواب ، فلا يكون ضرراً .

ولئن سلمنا أنه ضرر ولكن لم قلّم بأنه لا يجب ؟ .

أما الحديث - قلنا : قوله عليه السلام : « لا ضرر » لا يخلو : إما أن ينفي وجوب الإعتاق أو لا ينفي : فإن كان لا ينفي لا يصح التمسك به . وإن قلّم ينفي ، فلا يصح أيضاً ، لأنكم ما منعتم وجوب الإعتاق ههنا ابتداء بل بناء على كونه ضرراً وحراماً ، ولم تثبت الحرمة لأن الإعتاق لا يتصور إلا مباحاً أو مندوباً إليه ، ولو أعتق في المتنازع لا يأثم .

(١) النور : ٣١ ﴿ ... وتوبوا إلى الله جميعاً أيها المؤمنون لعلكم تفلحون ﴾ .

(٢) الحonte الإمام - المعجم الوجيز . والوسيط .

(٣) « ثم » غير واضحة في الأصل . وفي الأصل كذا : « محصص » . وستأتى بعد سطور في الجواب « .

(٤) راجع ما تقدم من قوله : « .. لأن الدليل ينفي إيجاب الكفارة لكونه ضرراً ... » .

(٥) حجام المريض عاجلة بالحجامة وهي امتصاص الدم بالحجم - انظر المعجم الوسيط فيه معان أخر .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ﴾ (١) ثم فسر الكسب بقوله : ﴿ ولكن يؤاخذكم بما عقدتم - الآية (٢) ﴾ .

الجواب :

قوله بأن النصوص خص منها اليمين المنعقدة - قلنا : لا نسلم بأن التخصيص ثمة تخصيص (٣) ههنا ولا نسلم بأن هذه الجناية مثل تلك الجناية .

بيان - أن تلك الجناية هتك حرمة (٤) اسم الله تعالى وترك التعظيم بترك البر ، وهذه الجناية ترويح الكذب بذكر الله على وجه التعظيم ، لأنه غير مستخف ، لأنه لو كان مستخفا لما كفر ، حيث حلف باللات والعزى كاذبا ، وإنه يكفر بالإجماع .

قوله : هذه الجناية إن كانت مكفرة لم لا يجب الإعتاق ؟ قلنا : لما ذكرنا أنه ضرر ، والدليل ينفيه .

والدليل على أنه إضرار أنه إزالة الملك وتقويت المنافع .

(١) البقرة : ٢٢٥ . ونظر أيضا : المائدة : ٨٩ : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم كذلك بين الله لكم آياته لعلكم تشكرون ﴾ .

(٣) في الأصل : « تخصيصا » .

(٤) العبارة في الأصل : « هتك اسم حرمة الله تعالى » وفوق « اسم » كلمة « مقدم » كما يظهر لنا - فتكون العبارة إذن : « هتك مقدم لاسم حرمة الله تعالى » ولعل الصحيح : « هتك مقدم لحرمة اسم الله تعالى » .

وسأبقى في المسألة التالية (رقم ٧٤) : « وقصد هتك حرمة اسم الله حرام وذنب » و « اليمين تعريض لاسم الله تعالى للهلك » .

قوله: متى يكون ضررا - إذا قابله نفع أم لا ؟ قلنا : هذا من باب المعارضة .
قوله : قابله نفع الثواب - قلنا : بلى ، إذا فعله باختياره ورضاه ، ولا كلام فيه ،
وإنما الكلام في الإيجاب عليه جبرا من غير رضاه .

وأما قوله بأن الإعتاق ليس بحرام - قلنا : الإعتاق جبرا أم برضاه ؟ ع م . وهذا
لأنه إذا اعتق باختياره ورضاه لا يكون حراما ولا ضررا ولا كلام فيه ، ولكن الإعتاق
بغير رضاه جبرا لا يكون إلا حراما ، ولهذا لو أكرهه على عتق عبده يجب عليه
الضمان .

وأما الآية - قلنا : لا نسلم بأن المؤاخذه في هذه الآية مفسرة بالكفارة ، بل تلك
آية أخرى ، وهذه أخرى في حالة أخرى ، فلا يصح التمسك بها .

٧٤ - مسألة : التكفير قبل الحنث لا يجوز .

والوجه / فيه - أن التصرف الواقع قبل الحنث ، لم يقع تكفيرا ، فلا يعتمد^(١) به ، ٢/٦٧
في إسقاط الأمر الوارد بالتكفير ، قياسا على التكفير قبل الإيمين .

وإنما قلنا ذلك - لأن وقوع التصرف تكفيرا يقف على وجود الذنب ، لأن الكفارة
شرعت لرفع^(٢) الذنب ، لأن الكفر في اللغة هو الستر ، وستر الذنب يقتضى قيام
الذنب ضرورة ، ولا ذنب ههنا ، لأن الموجود ليس إلا الإيمين ، ولإيمين ليست بذنب ،
لأنه مباح بالإجماع .

قوله : لأن وقوعه تكفيرا يقف على وجود الذنب - قلنا : لا نسلم^(٣) .

فإن قيل : قولكم بأن التصرف الواقع قبل الحنث لم يقع تكفيرا - قلنا : لا نسلم .

(١) في الأصل قد تكون : « فلا يعتمد به » .

(٢) في الأصل : قد تكون : « لنفع » .

(٣) « قوله : لأن وقوعه تكفيرا يقف على وجود الذنب - قلنا : لا نسلم » حانت في
المأثور .

قوله : لأن الكفر هو السر والكفارة ستر الذنب -- قلنا : لا نسلم بأنه يتصور ستر الذنب .

ولئن سلمنا أنها شرعت لستر الذنب ، لكن لم قلّم بأنه لا ذنب ههنا ؟

قوله : لأن الموجود منه يمين ، وإنه مباح - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الملتك حرام ، واليمين سبب للملتك ، والتعرض للملتك حرام . أو نقول : وجد منه قصد الخنث ، بدليل إقدامه على الإعتاق ، وقصد هتك حرمة اسم الله حرام وذنب .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد ذنب الخنث^(١) في الحال ، ولكن لا شك أنه يوجد عند الخنث ، فيكون مستندا إلى وقت وجود اليمين ، فيستند التكفير أيضا . ولأن الأصل في قاعدة الشرع أن أداء الحكم بعد وجود سببه يجوز ، كأداة الزكاة بعد النصاب قبل الحول ، وأداء العشر قبل انتقاد الحبة^(٢) ، وقد وجد السبب ههنا ، وهو اليمين ، بدليل اشتراط الأهلية حال اليمين ، لا حال الخنث .

ثم هذا معارض بما روى عبد الرحمن بن سَعْرَةَ قال : قال رسول الله ﷺ : « يا عبد الرحمن لا تسأل الإمامة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها . وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وإئت الذي هو خير »^(٣) متفق على صحته - رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن عيسى والنسائي وابن ماجه / .

(١) الجنث الإثم والذنب وبلغ الغلام الجنث أى بلغ للمصيبة والطاعة بالبلوغ . والجنث الخلف في اليمين . تقول : أحنثه في يمينه فجنث . وتقول : منما جنث بالكسر جنثا بكسر الحاء - المعجم الوسيط ومختار الصحاح .

(٢) أحب الزرع بدا حبه وكذا حَبَّ الزرع بدا حبه . والحب ما يكون في السنبل والأكام كالقمح والشعير والحبّ واحدة الحبّ والحبّة من الشيء جزؤه - والمُشَر ما يؤخذ من زكاة الأرض التي أسلم أهلها عليها وهي التي أسماها المسلمون من الأرضين والقطائع والجمع عُشُور وأغشار - المعجم الوسيط .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ١١٧٢ ص ٢١٣ . وسبل السلام ، ٤ . رقم ١٢٨٠ ص ١٤٣٥ وفي شرح الحديث رقم ١٢٩٩ ص ١٤٥٩ .

ولا يقال بأنه معارض بما روى أبو موسى قال : قال رسول الله ﷺ : « إني والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت^(١) » الذي هي خير وتحلتها » من حديث طويل أورده البخاري ومسلم - لأننا نقول :

[أولا] هذا الحديث حجة عليكم ، لا علينا ، لأن توارد هذين الحديثين يدل على جواز التكفير قبل الحنث وبعده ، ونحن نقول به ، وأنتم لا تقولون إلا بالجواز بعده . والجواب الثاني - أن الحديث الثاني ذكر بحرف الواو ، والواو للجمع المطلق وإنه لا يقتضى الترتيب ، كما يقال « جاءني زيد وعمرو » . ولما الحديث الأول ذكره بحرف الفاء ، وإنه للتعقيب ، فلا يحتمل التأخير ، فكان الثاني عمولا^(٢) على الأول . والله أعلم .

الجواب :

قوله : لم قلت بأن ستر الذنب مقصور - قلنا : لقوله تعالى : ﴿ عسى ربكم يكفر عنكم سيئاتكم ﴾^(٣) أى يسترها ، ولأن ستر الذنب محو أثره ورفع حكمه^(٤) .

قوله : لم قلت بأن اليمين ليس بذنوب - قلنا : لقوله عليه السلام : « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت »^(٥) .

قوله بأن اليمين تعريض لاسم الله تعالى للهتك - قلنا : لا نسلم ، بل الظاهر من حال المسلم أن لا يقصد هتك اسم الله تعالى .

(١) في الأصل كذا : « خير منها إلا اب » .

(٢) في الأصل : « محمول » .

(٣) التحريم : ٨ .

(٤) في الأصل : « حكم » .

(٥) بلوغ المرام ، رقم ١١٧٠ ص ٢١٣ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٧٧ ص ١٤٣١ ،

قوله : لم قلتم بأن ذنب الحال لم يوجد مستندا - قلنا : لأن هذا الذنب غير موجود في الحال ، وطريق الاستناد خلاف الأصل .

وأما تعجيل الزكاة : [ف] إنما جاز لوجود عمل الواجب ، وسبب الوجوب ملك النصاب ، ولا نسلم بأن اليمين سبب بل هو ذكر الله تعالى ، أو سبب عند الخئ لا قبله .

وأما الحديث فمعارض بما روى من الحديث الثاني .
على أن ما ذكرناه مؤيد بالقياس على سائر الجنايات من الحدود والقصاص والظهار والإقطار^(١)

٧٥ - مسألة : إذا اعتق رقبة كافرة عن كفارة اليمين أو الظهار يجزئه .

والوجه - أن المأمور به / تحرير رقبة مطلقا ، وقد أتى به فيخرج عن العهد^(٢) . ٢/٦٨

وإنما قلنا ذلك - لقوله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ - إلى قوله - أو تحرير رقبة^(٣) وإنه مطلق ، لأن الرقبة المطلقة اسم لذات مملوك مرقوق من كل وجه ، والرقبة الكافرة ذات مرقوق مملوك من كل وجه ، لأن كمال الذات بكمال الأجزاء ، والكفر لا ينافيه ، ثبت أن المأمور به تحرير رقبة مطلقا ، وقد أتى به ، لأنه أتى بصيغة^(٤) التحرير ، قاصدا به إثبات الحرية بجهة التكفير ، فخرج عن العهد .

(١) فوق الرأى آخر كلمة « الإقطار » دائرة صغيرة ومقابلها في الهامش كلمة غير واضحة تشبه « قول » أو « قوله » .

(٢) في الأصل : « العهد » انظر ما يلي بعد قليل .

(٣) المائدة : ٨٩ - ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم واحفظوا أيمانكم ... ﴾ - والبقرة : ٢٢٥ : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والله غفور حلیم ﴾ .

(٤) في الأصل كذا : « بصيغة » .

فإن قيل : قولكم بأن المأمور به تحرير رقبة مطلقاً - قلنا : لا نسلم بأنه مطلق .
بيانه - وهو أنه تقيد بوصف السلامة عن العمى والشلل ، مع أن العمياء والشللاء
رقبة مطلقاً .

ولئن سلمنا أنه ^(١) مطلق ههنا ، ولكن تقيد بتقيد الإيمان ، لقوله تعالى في كفارة
القتل : ﴿ فحريم رقبة مؤمنة ﴾ ^(٢) والمطلق يحمل على المقيد .

ولئن سلمنا أنه مطلق ولكن أقي بالتحرير من كل وجه أم من وجه دون وجه ؟
ع م - وهذا لأن التحرير بإزالة الرق ، والرق بعد الإعتاق ههنا قائم من وجه ، لأن سببه
قائم ، وهو الكفر .

ولئن سلمنا أنه أقي بالتحرير من كل وجه ، ولكن هذه رقبة قائمة من كل وجه أم من
وجه دون وجه ؟ ع م - وهذا لأن الكافر قائم من وجه هالك من وجه ، لقوله تعالى :
﴿ أو من كان ميتاً فأحييناه ﴾ ^(٣) أى كافر ، ولأنه لا ينتفع به من كل وجه ، وهو
استعماله في التصرفات الشرعية والحسية ، يُقَرَّر ^(٤) الطبع عن صحته .

ولئن سلمنا أن يجوز من كل وجه ، ولكن تحريره هو حسنة من كل وجه أم حسنة من
وجه سيئة ^(٥) من وجه ؟ ع م . وهذا لأنه أعانه على الكفر بقوة الحق ، فكان سيئة

(١) « سلمنا أنه » غير واضحة في الأصل .

(٢) النساء : ٩٢ - ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن
يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة ... »

(٣) الأنعام : ١٢٢ - ﴿ أو من كان ميتاً فأحييناه وجعلنا له نوراً لم يمتحى به في الناس كمن
مثله في الظلمات ليس بخارج منها كذلك زين للكافرين ما كانوا يعملون ﴾ .

(٤) تَقَرَّرَ تَقَرُّراً وَتَوَوَّرَ تَوَوُّراً فَرَجَ وَاتَّقَبَضَ غَيْرَ رَاضٍ عَنْهُ وَنَفَرَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا أَعْرَضَتْ وَصَدَّتْ -
للمعجم الوسيط .

(٥) « سيئة » غير واضحة تماماً في الأصل - انظر ما يلي .

من وجه لا يقع كفارة ، لأن تكفير السيئات بالחסنات - قال الله تعالى : ﴿ وإن الحسنات يذهبن السيئات ﴾ (١) .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المأمور به تحرير رقية مطلق - قلنا : لأن المعنى من المطلق ما / يكون متعرضا للذات دون الصفات ، وإنه كذلك ههنا . ١/٦٩

قوله : تقيد بوصف السلامة عن العنى والشلل - قلنا : لا نسلم بأنه مطلق .
وبيان أنه ليس مطلقا (٢) ما ذكرنا أن المطلق بكمال الذات (٣) ولم يوجد .

قوله : المطلق يحصل على التقيد - قلنا : لا نسلم ، بل يعمل بكل واحد منهما على حدة ، لاستقلاله بنفسه .

قوله : بأن الرق من وجه قائم لقيام الكفر - قلنا : ليس مطلق الكفر سببا للرق ، بل الكفر الموجه للشر نحونا ولم يوجد .

قوله : هذه رقية قائمة من كل وجه أم من وجه ؟ قلنا : من كل وجه لكمال الذات والصورة على ما مر .

قوله : الكافر هالك من وجه - قلنا : لا نسلم .

وأما النص - قلنا : المراد ثمة الهلاك في حق أحكام الآخرة ، فلا يخل بكمال الذات في حق أحكام الدنيا .

قوله : إنه غير منتفع به - قلنا : لا نسلم بل ينتفع به ، لأن المنفعة المطلوبة من الآدمي كونه ممكنا من التوحيد والجري على موجب التكاليف والاستعداد لأمر الدنيا ، وإنه موجود فيه .

(١) هود : ١١٤ .

(٢) في الأصل : « مطلق » .

(٣) قد تكون « للذات » - انظر ما يلي .

قوله : ينفر (١) طبعه عنه - قلنا : لا ينفر (٢) الطبع عنه بجهة الاستخدام ، لأن فيه إزاله وإماتته .

قوله : هذا تحرير هو حسنة من وجه سيئة من وجه - قلنا : النص لا يتعرض لذلك ، على أن هذا حسنة من كل وجه ، لأنه تخلص العبد عن الرق وتكينه من إقامة الفرائض والطاعات .

قوله : بأنه إعانة على الكفر - قلنا : الكفر والمعصية لا يحصل بالتمكن ، بل هو فعل اختياري لا يتعلق بالرق هـ والعق .
وأفقه أعلم .

٧٦ - مسألة : إذا أعتق المكاتب (٣) عن كفارة يمينه يجزئه .

والوجه فيه - أنه أعتق رقية مطلقا بنية التكفير ، فيخرج عن المهدة ، قياسا على ما إذا أعتق القرن (٤) .

وإنما قلنا ذلك - لأنه أتى بصيغة الإعتاق ، قاصدا به الإعتاق ، بجهة التكفير .

وإنما قلنا إنه رقية مطلقا - وذلك لأن الكتابة لا تخلو : إما أن تكون مانعة وقوع / التصرف تحريرا أو لم تكن مانعة . فإن لم تكن مانعة ، أمكن القول بوقوعه تحريرا مطلقا .
٦٩ وإن كانت مانعة ، أمكن القول بوقوعه تحريرا أيضا بواسطة فسخ الكتابة ، لأنها قابلة للفسخ ، بدليل أنها لو تقاسمها أو عجز المكاتب (٥) نفسه ، تفسخ الكتابة .

(١ - ٢) في الأصل كنا : « سر - لا سر » .

(٣) المكاتب العبد يُكاتب على نفسه شئنا فإذا سمي وأذاه عتق - بخار الصحاح - وانظر : السمرقندي التحفة ، ٢ : ٤١٦ وما بعدها .

(٤) القرن : العبد الذي كان أبوه مملوكا لمواليه . ويقال : قرن بين القنانة والقنونة خالص العبودية - المعجم الوسيط .

(٥) في الأصل كنا : « المكاتبه » .
(طريقة الخلال في الفقه - م ١٣)

والإقدام على التحرير ، دلالة قصد الفسخ ، فثبت الفسخ هـ مقتضى لتصحيح تصرفه ، فيصادف التحرير الرقية القرن^(١) ، فيقع تكفيرا .

فإن قيل : قولكم بأنه أعتق رقية - قلنا : لا نسلم .

قوله : أتى بصيغة الإعتاق - قلنا : لا نسلم بأنها صيغة الإعتاق فحسب ، بل هي صيغة الإخبار عن العتق أو الإبراء عن بدل الكتابة .

ولئن سلمنا أنه قصد التحرير ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن جعله تحريرا ؟ .

قوله : (٢) الكتابة قابلة للفسخ - قلنا : مطلقا أم بطريق الضرورة ؟ ع م - وهذا لأنها تقبل الفسخ ضرورة العجز عن أداء بدل الكتابة . أما من غير ضرورة فلا ، ولا ضرورة ههنا .

ولئن سلمنا أنها قابلة للفسخ ، ولكن لحاجة المكاتب أم لحاجة المولى ؟ ع م وهذا لأن للمعترى في الكتابة حاجة للمكاتب ، وحاجة التكفير حاجة المولى . ولئن سلمنا أنها قابلة للفسخ وأنه قصد الفسخ ولكن لم قلتم بأنه أمكن فسخ الكتابة بطريق الاقتضاء ، وبطلانه ظاهر ، لأن أصل تصرفه صحيح ، فلا يعتبر الاقتضاء لو وصف التصرف .

والدليل على أن الكتابة لم تنفسخ - أن العتق يثبت بجهة الكتابة ، لأنه يسلم الأولاد والأكساب للمكاتب ، ولأنه غير منتفع به فلا يجوز إعتاقه بجهة التكفير ، وصار كما إذا أدى بعض بدل الكتابة أو ولد المكاتب .

الجواب :

قوله : هذه صيغة الإخبار - قلنا : لا نسلم ، بل هي صيغة الإنشاء ، على

ما عرف^(٣) .

(١) في الأصل قلنا : « الله » راجع فيما تقدم الماش ٤ ص ١٩٣ .

(٢) من هنا : « قوله : الكتابة قابلة للفسخ » حتى قوله الآتي : « صيغة الإنشاء على ما عرف » وردت في الماش مع إشارة النقص .

(٣) راجع فيما تقدم الماش السابق .

قوله : الكتابة قابلة للفسخ^(١) مطلقا أم بطريق الضرورة - قلنا : مطلقا لما ذكرنا .
قوله : المعتبر حاجة المكاتب لا حاجة المولى - قلنا : المعتبر حاجتهما ، وقد
وجدت ، لأن غرض العبد إذا حصل من غير بدل لا شك أن يكون راضيا به .
أما قوله : أصل التصرف صحيح ، فلا يعتبر الإقتضاء لوصف التصرف - قلنا : لا
نسلم ، بل يعتبر لهما جميعا ، لأن الضرورة الداعية توجد فيهما .
وأما سلامة الأولاد والأكساب - قلنا : انفساخ الكتابة في المكاتب ثبت ضرورة
صحة التكفير ، فلا يظهر في حق الأولاد والأكساب .
قوله : إنه غير منتفع به - قلنا : عنه جوابان - أحدهما : أن النص مطلق لم يعتبر
الارتفاع . والثاني : لا نسلم أنه غير منتفع به ، بل هو منتفع به بذاته ، فبالترسل إلى
بدله .

وأما إذا أدى بعض بدل الكتابة - [ف] يجوز على إحدى الروايتين ، فيمنع .

٧٧ - مسألة : إذا اشترى أباه عن كفارة إصطاره يجرئه .

والوجه فيه - أنه وجد منه الإعتاق بجهة التكفير ، لأن مشتري الأب معقه ، لقوله
عليه السلام : « لن يجرى ولد والده إلا أن / يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه »^(٢) - فهذا
يقتضى تصور كونه معقا ، وبالشراء يصير معقا ، لأنه لا يتصور الإعتاق بعد الشراء .
فإن قيل : قولكم بأن مشتري الأب معقه - قلنا : من كل وجه أم من وجه دون
وجه ؟ ع م - وهذا لأن الأب ليس بمملوك للابن على الإطلاق ، فلا يكون هذا إعتاقا
من كل وجه ، فلا يجرئه - نظيره مسح الأذنين لا ينوب عن مسح الرأس ، وإن كان

(١) قوله : « الكتابة قابلة للفسخ » وردت في الهامش وفي المتن أيضا .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٢٢٢ ص ٢٢١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٣٨ ص ١٥٠١ .
وفيها : « لا يجرى ... » .

مسحاً من وجه بالحديث^(١) ، والتوجه إلى الحطيم في الصلاة لا يجوز ، وإن كان توجهاً إلى الكعبة من وجه بالحديث^(٢) .

ولكن سلمنا أنه إعتاق من كل وجه ، ولكنه إعتاق بعوض ، فلا يجوز عن الكفارة ، كالإعتاق على مال .

ولكن سلمنا أنه إعتاق بغير عوض ، ولكنه إعتاق مستحق بجهة الصلة ، فلا يجزئه ، كما إذا قال لعبد للغير : « إن اشتريتك فأنت حر » فاشتراه ، ناوياً عن الكفارة .
الجواب :

قوله : إعتاق من كل وجه أم من وجه ؟ . قلنا : من كل وجه ، لأن النبي ﷺ سماه « معتقاً » مطلقاً ، بخلاف مسح الأذنين والتوجه إلى الحطيم^(٣) لأ [ن] محل الفعل المأمور به ثم لم يوجد قطعاً ، حتى لو كان المحل موجوداً قطعاً وشك في الإصابة ، يخرج عن العهدة - كذا هذا .

قوله : هذا إعتاق بعوض - قلنا : نعم ، ولكن العوض هو الثواب والصلة ، وذلك لا يخل بالقرينة^(٤) ، بخلاف العوض على مال فإنه يخل بالثواب والقرينة .

(١) في بلوغ المرام ، رقم ٣٣ ص ٧ : « وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما في صفة الوضوء قال : ثم مسح ﷺ برأسه وأدخل إصبعيه السبائحتين (الإصبع التي تلى الإبهام) في أذنيه ومسح بإبهاميه ظاهر أذنيه » أخرجه أبو داود والنسائي وصححه ابن خزيمة .

(٢) القبلة حيال ميزاب الكعبة أو باب الكعبة (انظر : تفسير الطبري ، طبعة المعارف ، ٣ : ١٧٢ وما بعدها . والشوكاني ، فتح القدير ، ١ : ١٥٥) .

والحطيم جدار حجر الكعبة - مختار الصحاح . وفي المعجم الوسيط : الحطيم بناء قبالة الميزاب من خارج الكعبة .

(٣) في المتن : « والتوجه إلى الكعبة » وفي الهامش مع علامة على كلمة الكعبة : « الحطيم » - راجع الهامش السابق .

(٤) القرينة القرابة يقال : بنى وبينه قرينة . وما يتقرب به إلى الله تعالى من أعمال البر والطاعة والجمع قُرب وقُرْبَات وفي القرآن الكريم : ﴿ ومن الأعراب من يؤمن بالله واليوم الآخر ويتخذ ما ينفق قُرْبَات عند الله وصلوات الرسول ألا إنها قرينة لهم ﴾ التوبة : ٩٩ .

قوله : إعتاق مستحق - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه لم يجب عليه شراؤه وإعتاقه بالإجماع ، والنص مطلق فيتناوله .

٧٨ - مسألة : إذا قال الرجل لغيره : « أعتق عبدك عني ألف درهم » فقال : « أعتقت » يقع العتق عن الأمر ، حتى يكون الولاء له وتسقط ^(١) عنه الكفارة إذا نوى به التكفير ، وتلزمه الألف . / وعنده تقع عن المأمور ، حتى يكون الرلاء له ولا تسقط الكفارة عن الأمر ولا تلزمه الألف .

والوجه فيه - أن المأمور قصد إثبات الملك له بالألف ، وأمکن ذلك فثبت دفعا للحاجة لهما .

وإنما قلنا ذلك - لأن قوله : « أعتقتك عنك » يدل على القصد إلى الإعتاق عنه بوصفه ، ولا يمكن ذلك إلا بثبوت الملك له . فكان دليلا على القصد إلى إثبات الملك بهذه الوسطة ضرورة ، إذ القصد لشيء قيد لما لا يتصور حصوله بدونه ، وقد أمکن إثبات الملك للأمر في هذا المحل في الجملة ، فثبت ههنا قبل العتق ، صيانة لتصرفهما عن اللغو .

فإن قيل : قولكم بأن المأمور قصد إثبات الملك له بالألف - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن قوله : « أعتقتك عنك بالألف » في جواب قوله « أعتقه عني بالألف » يكون الإعتاق مقابلا بألف ، لا الملك . وإثبات الملك غير مقابل بالألف يكون إعراضا عن تصرفه .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على أن الملك يثبت له ، ولكن ههنا دليل آخر بأنه ذلك .

بيانه - وهو أن الملك لو ثبت ههنا ، ثبت بطريق الاقتضاء ، ولا يثبت الملك بطريق الاقتضاء ، لأن الملك شرط أصلي ، والشروط الأصلية لا تثبت بطريق الاقتضاء ، كالأهلية .

(١) في الأصل قلنا : « وتسقط » - انظر ما يلي .

والدليل على صحة ما ذكرناه أنه لو قال له « بع هذا العبد منى بألف درهم وأعتقه
عنى » فقال المأمور « بعث وأعتقت » لا يقع العتق عن الأمر . ولو قال « أعتقه على
ألف » (١) فقال « أعتقت » يقع عن المأمور ، وإن أمكن إدراج قوله « عنى » .
ولو قال : « كاتب عبدك عنى على ألف » فقال : « كاتب » لا يقع عن الأمر .
الجواب :

قوله : الإعتاق مقابل بالألف لا الملك - قلنا : الألف المذكور مقابل بالملك ، لا
بالعنى ، لأنه طالب للملك بطريق الضرورة ، فيثبت الملك ضرورة ثبوت العتق .

قوله : الملك شرط أصلى / للإعتاق ، فلا يثبت بطريق الاقتضاء - قلنا : كون المحل
ملكاً شرط أصلى ، وقد وجد . أما كونه ملكاً له ، [فـ] ليس بشرط أصلى ، على
ما عرف .

وأما إذا قال : « بع هذا العبد منى وأعتقه عنى » إنما لا يقع العتق عن الأمر لأنه لم
يوجد منه قبول الملك ، حتى لو قال : « اشتريت » يقع عنه .
وفى المتنازع فيه - يحمل طلبه وتصحيحه على هذا الوجه .

وأما الثانية - قلنا : ذلك من باب الإدراج (٢) ، وتصحيح التصرف بطريق الإدراج
ليس بواجب .

وأما الثالثة - قلنا : هناك وجب صرف المال إلى الكتابة ، لأن الكتابة بلا مال لا
تصور (٣) ، فيبقى ملك الرقبة بلا عوض ، فلا يصح - أما ههنا بخلافه (٤) .

(١) فى الأصل كذا : « أعتقه » .

(٢) دَرَجَ الشيء فى الشيء أدخله فى ثنائه وأدرج الشيء دَرَجَه - المعجم الوسيط .

(٣) فى الأصل : « لا يصور » .

(٤) فرق آخرها نقطة كبيرة . وفى الهامش مقابلها كلمتان أولاهما غير معروفة والثانية تشبه
« مقابلة » - راجع فيما تقدم الهامش (١) ص ١٩٠ .

٧٩ - [مسألة] : الإسلام من شرائط الإحصان .

وصورته - ذمى ثبت زنا [هـ] يجلد ولا يرحم . وعنده يرحم .

والوجه فيه - أن جنابة الكافر في الزنا لا تساوي جنابة المسلم في كونه قبيحا ، فلا يساويها في العقوبة .

وإنما قلنا ذلك - لأن زنا الكافر وإن ساءى زنا المسلم في سائر المقاييس ، ولكن لا يساويه من حيث كفران النعمة ، فإن زنا المسلم فيه كفران النعمة : نعمة الإسلام ، فلا يساويه في العقوبة ، لأن العقوبة بقدر الجنابة عرفا وشرعا .

فإن قيل : قولكم بأن زنا المسلم كفران نعمة الإسلام - قلنا : لا نسلم بل الكفران ترك الشكر ، والزنا جنابة أخرى ، مع الإتيان بالشكر .

ولكن سلمنا أن الزنا كفران ، ولكن أثره في تعدد الجنابة ، فيكون نفس الزنا جنابة وله موجب ، والكفران جنابة أخرى ، فانهعدام لإحدى الجنابتين لا يمنع عقوبة الأخرى .

ولكن سلمنا أنه لا يساويه ، ولكن لم لا يجب الرجم ؟

قوله : تفاوتت الجنابة يوجب تفاوت العقوبة - قلنا : نعم ، ولكن هذا التفاوت لا يعتبر في إيجاب الرجم .

بيانه - هو [أن] الموجب للرجم كون الزنا قبيحا من حيث إنه / إفساد للفراش ٢/٧١ وإضاعة للنسل ، والكفران لا يؤثر في هذا الباب - دل عليه أن زنا البكر الكافر يساوى زنا البكر المسلم في إيجاب الجلد .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد منه قبح الكفران ، ولكن وجد قبح الكفر^(١) ، فتعارضاً .
ثم هذا معارض بما روى عبد الله بن عمر أنه قال : إن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ فذكروا له أن امرأة منهم ورجلاً زنيا ، فقال لهم رسول الله ﷺ : ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ؟ فقالوا : « نفصّحهم ويجلدون »^(٢) فقال عبد الله بن سلام : كذبتم إن فيها آية الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم ، فقرأ ما قبلها وما بعدها - فقال له عبد الله بن سلام : ارفع يدك ، فرفع يده ، فإذا فيها آية الرجم - فقال : صدق يا محمد - فأمر بهما النبي ﷺ فرجما - قال : فرأيت الرجل يمشي^(٣) على المرأة يقبها الحجارة متفق على صحته . وروى عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : خلّوا عنى ، خلّوا عنى ، خلّوا عنى : قد جعل الله لمن سيلاً : البكر بالبكر : جلد مائة ونفى سنة . والثيب بالثيب جلد مائة والرجم مطلقاً^(٤) - رواه مسلم وأبو داود .

الجواب :

قوله : لم نعلم بأن الزنا كفران النعمة - قلنا : لأن المعنى من الكفران الجنابة^(٥) في حق النعمة . وهكذا هو في العرف .

قوله : الزنا جنابة والكفران جنابة أخرى - قلنا : نعم ، ولكن هذا الزنا موصوف بعلظ الجنابة - على ما بينا .

(١) ظاهر أن العبارة كانت : « الكفر منه » ثم شطبت « منه » .

(٢) في الأصل « ويجلدون » .

(٣) حنا عليه حنوّ : عطف وأحنى عليه حناً وحنّى انحنى وحنى على فلان تعطف وتعنن - المعجم الوسيط .

(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٢ ص ١٨٨ وليس فيه : « خلّوا عنى » الثالثة ولا « مطلقاً » . وسبل السلام : ٤ : رقم ١١٢٩ ص ١٢٦٩ - ١٢٧٢ .

(٥) في الأصل كلنا : « الحيانة » فقد قرأ « الحيانة » أو « الجنابة » والذي يرجح الأول نقطة فوق النون ويرجع الثانية السياق .

وأما زنا البكر - قلنا : الشرع هناك حط عن المسلم بعض العقوبة تفضلا ، وذلك يجوز . أما زيادة العقوبة من غير استحقاقها ، [ف] لا يجوز عقلا وشرعا .

وأما قبح الكفر - قلنا : ليس كل قبح يؤثر في إيجاب الرجم ، بخلاف ما ذكرناه .

وأما الحديث الأول / - [ف] معارض بقوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما (١) ﴾ الآية .

وأما الحديث الثاني - [ف] منسوخ بما روى الزهري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن رجلا من أسلم جاء إلى النبي ﷺ فاعترف بالزنى فأعرض عنه النبي ﷺ حتى شهد على نفسه أربع مرات فقال النبي ﷺ : أبك جنون ؟ قال : لا . قال : أحصنت ؟ قال : نعم . فأمر به النبي ﷺ فرجم بالمصل فلما أدلته (٢) الحجارة فر فأدرك فرجم حتى مات (٣) »

٨٠ مسألة : اللواط لا توجب الحد .

والوجه فيه - أن اللواط لا تساوى الزنا في كونه جنائية وقيحا ، فلا تساويه في العقوبة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الزنا إضاعة للولد وإفساد للفراس ، فيشتبه النسب ، فيؤدى إلى التنازع والتقاتل بين القبائل ، بناء على دعوى النسب ، ولا كذلك اللواط ، فلا تساويه في العقوبة ، لأن العقوبة بقدر الجنابة - على ما مر .

فإن قيل : قولكم بأن اللواط لا تساوى الزنا - قلنا : لا نسلم ، بل هي زنا ،

(١) النور : ٢ - ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ﴾ .

(٢ - ٣) انظر : بلوغ الرام ، رقم ١٠٣٣ ص ١٨٨ - ١٨٩ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٣٠ ص ١٢٧٢ - ١٢٧٤ . وأدلتها الحجارة بلغت منه الجهد حتى تضرور . أدلته - المعجم الوسيط - وانظر فيما بعد المسألة ٨٦ ص ٢١٤ وما بعدها .

لاشتراكه مع الزنا في الآثار ، إلا أنه اختص باسم النوع ، واختصاصه باسم النوع لا يمنع دخوله تحت مطلق الاسم للجنس ، كالطَّرُ (١) مع السرقة .

ولئن سلمنا بأن اللواط ليست بزنا ، ولكن لم قلّم بأنه لا تساوى الزنا في كونه قبيحا ؟ .

وأما ما ذكر عن الإفساد في الفراش وإضاعة النسل - قلنا : لا نسلم بأن الزنا إنما كان قبيحا باعتبار هذا المعنى .

بيانه - أن هذا أمر موهوم قد يقضى إليه وقد لا يقضى ، فلا يجوز إيجاب الحد بناء على أمر موهوم .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد هذا القبح في اللواط ، [ف] لم قلّم بأنه لم يوجد نوع آخر من القبح ؟ بيانه ، وهو أنه في اللواط إضاعة الماء الذي هو مادة التوالد ، ولأن حرمة أغلظ من حرمة الزنا ، فإنها غير قابلة للحل .

الجواب :

٢/٧٢ قوله - لم قلّم بأن اللواط / ليست بزنا - قلنا : لأن الصحابة اختلفوا في موجبها : قال بعضهم : يحرق بالنار . وقال بعضهم : يهدم عليه الجدار . وقال بعضهم : يقتل . وقال بعضهم : يلقي من أعلى الأماكن . وقال بعضهم : يحبس في موضع التنن (٢) إلى أن يموت - كل ذلك يفعل بالفاعل والمفعول به إن كان بالغا ، وما اختلفوا في موجب الزنا ، فعلم أنه ليس بزنا .

قوله : بأن إفساد الفراش وإضاعة الولد أمر موهوم - قلنا : لا نسلم ، بل هو غالب .

(١) طَرُ الثوب وغيره شقه وطَرَّ المال خلسه أو سلبه . والطَّرُّ النشال يشق ثوب الرجل وتُسَل ما فيه - المعجم الوسيط .

(٢) تَنَن تَنَنًا عِشْت رَاتِحَتَهُ فهو تَنِن - المعجم الوسيط .

ولئن سلمنا أنه موهوم ، ولكنه تعرض لثل هذا الموهوم ، فيكون أقبح من اللواطه من هذا الوجه .

قوله : اللواطه إضاعة الماء - قلنا : ذاك موجود في الزنا ، لما ذكرنا ، مع قبح آخر لم يوجد في اللواطه .

قوله : حرمة اللواطه أغلظ - قلنا : بلى ، ولكن ليس كل قبيح يوجب الحد بالرأى والقياس .

٨١ - مسألة : الجلد مع النفي لا يجتمعان في زنا الأبكار .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ^(١) - ذكر الجلد بحرف الفاء ، وحرف الفاء للجزاء ، والجزاء لغة ما يقع به الاكتفاء ، فكان كل الموجب للجلد ، فلا يجب النفي ، عملاً بمقتضى النص .

فإن قيل : قولكم بأن حرف الفاء للجزاء - قلنا : لا نسلم ، بل حرف الفاء للتعقيب مع الوصل .

ولئن سلمنا أنه للجزاء ، ولكن لم يقتضى كونه كل الموجب ؟ . بيانه - أن التنصيص على حرف الجزاء لا يكون فوق التنصيص على لفظ الجزاء وإنه لا يقتضى الكلية ^(٢) كما في قوله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ ^(٣) فإنه لا ينفي جزاء آخر وهو القصاص أو الدية .

ولئن سلمنا أن كونه جزاء ينفي وجود شيء آخر ، ولكن بطريق الجزاء ، لا بطريق آخر . وعندنا يجب التعريب لا بطريق الجزاء .

(١) النور : ٢ . وراجع فيما تقدم الماش ١ ص ٢٠١ .

(٢) « كُلُّ » كلمة تفيد الاستغراق لأفراد ما تضاف إليه أو أجزائه - المعجم الوسيط .

(٣) النساء : ٩٣ - ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾ .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام: « الوليدة والغنم ردٌ وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » (١) / وبقوله عليه السلام : ١/٧٣
« البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة » وفي رواية « وتغريب عام » (٢) .

الجواب :

قوله بأن حرف الفاء ليس للجزاء بل هو للتعقيب مع الوصل - قلنا : نحن لا نقول بأن حرف الفاء بمجرد موضوع للجزاء في أى موضع وجد - ولكننا نقول : إذا ذكر في موضع يصلح جزاء يفيد كونه جزء - دل عليه أنه لو قال لامرأته « إن دخلت الدار أنت طالق » لا يكون جزاء فلا يكون عينا . ولو قال : « فأنت طالق » يكون جزاء حتى يكون عينا .

قوله : التخصيص على لفظ الجزاء لا ينفي وجوب شيء آخر - قلنا : لا نسلم .
وأما الآية - قلنا : علم وجوب القصاص ثم ينص آخر .

(١) بلوغ المرام ، رقم ١١٢٨ ، ص ١٢٦٧ - ١٢٦٨ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٢٨ ، ص ١٢٦٧ - ١٢٦٩ : « عن أنى هريرة وزيد بن خالد الجهني رضى الله تعالى عنهما أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ، أئشذك الله إلا قضيت لى بكتاب الله تعالى . فقال الآخر - وهو أفضه منه - نعم ، فاقض بيننا بكتاب الله ، وأذن لى ، فقال : « قل » قال : إن ابنى كان عسيفا على هذا ، فزنى بامرأته ، وإلى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتدبت منه مائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبرونى أن على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : « والذى نفسى بيده ، لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليدة والغنم ردٌ عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » متفق عليه . وهذا اللفظ لمسلم - انظر فيما بعد ص ٢١٦ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٢ ، ص ١٨٨ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٢٩ ص ١٢٦٩ - ١٢٧٢ . عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « غدا عنى ، غدا عنى ، فقد جعل الله لمن سبى ، البكر بالبكر جلد مائة ونفى سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » رواه مسلم . وفى سبل السلام ، ٤ : ص ١٢٧٠ : « وقال ابن المنذر : أقسم النبى ﷺ في قصة العصفى أنه يقضى بكتاب الله ثم قال : « إن عليه جلد مائة وتغريب عام » - راجع الحديث المتقدم فى الهامش السابق .

وأما قوله : عندنا يجب التزيب لا بطريق الجزاء - قلنا : إذا بينا أن المجلد جزء ، أوجب ذلك انتفاء وجوب غيره بأي طريق كان ، لأن الجزاء هو الكافي .

وأما الحديث - قلنا : الحديث لم يكن معارضا لكتاب الله تعالى ، وإنما يكون ناسخا إذا كان متأخرا ، وإنه غير ثابت ، فإن المنقول عن أئمة التفسير أن أول آية نزلت في هذا الباب قوله تعالى : ﴿ واللّاق يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن - الآية ﴾ ^(١) ثم نسخت بهذا الحديث ، ثم نسخ الحديث بآية المجلد ^(٢) أو بحديث الأئمة ^(٣) .

٨٢ - مسألة : إذا تزوج بمحارمه ودخل بها ، وقال : علمت أنها على حرام - لا يجب عليه الحد .

والوجه فيه - أن هذا وطء تمكنت فيه شبهة الحل ، فلا يجب الحد .

وإنما قلنا ذلك - لأنه وطء حصل عقيب عقد النكاح المضاف إلى محل قابل للمقاصد المطلوبة من النكاح : من قضاء الشهوة والتوالد وغيرها ، لأن المعنى من عقد النكاح قوله : « زوجت » و « تزوجت » - فهي تقتضي الحل - إلا أنا عرفنا الحرمة بدليل آخر ، فبقى الشبهة ، فلا يجب الحد ، لقوله عليه السلام : « ادعوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم » ^(٤) .

(١) النساء : ١٥ ﴿ واللّاق يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ﴾ .

(٢) النور : ٢ - راجع فيما تقدم الماخذ ١ ص ٢٠١ .

(٣) المقصود ماعز بن مالك - بلوغ المرام رقم ١٠٣٩ ص ١٩٠ . وسبل السلام ، رقم ١١٣٦ ص ١٢٨٢ : « عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال : رجم رسول الله ﷺ رجلا من أسلم ورجلا من اليهود وامرأة » رواه مسلم . والرجل من أسلم يرمي ماعز بن مالك - راجع أيضا : بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٤ ص ١٨٩ ، وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٣١ ص ١٢٧٤ - ١٢٧٥ وفيما يلي ص ٢١٤ - ٢١٥ . وراجع ، الناسخ والنسخ لأبي جعفر النحاس ، ص ١١٧ - ١٢١ .

(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٤١ ص ١٢٨٧ - ١٢٨٨ .

فإن قيل : قوله الوطء حصل عقب النكاح المضاف إلى محل / قابل - قلنا : المحل قابل لمقاصد النكاح حقيقة فحسب أم قابل لها وللحل والملك ؟ بيانه - أن العقد إنما ينعقد لإفادة الحكم الأصل ، والحكم الأصل هنا هو الحل والملك ، وإنه غير قابل لهما لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ ^(١) والمراد منه التحريم في حق النكاح ، وإذا انتفى عملية النكاح شرعا ، لا يكون قابلا .

ولئن سلمنا المحلية ، ينعقد إذا كان له إفضاء إلى هذه المقاصد ، أم إذا لم يكن ؟ م ع - وهذا العقد لا يفضى إلى هذه المقاصد ، لأنها لا يقران عليه ، بل يمتنع بأبلغ الوجوه .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على وجود الشبهة ، ولكن هنا دليل آخر يأتى ذلك - بيانه : من حيث النص والحكم والمعقول .

أما النص - [ف] قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ ^(٢) والتحريم المطلق لا يحمل الشبهة .

وأما الحكم - [ف] أجمعنا على أن هذا الوطء لا يوجب العدة ، ولا يثبت به النسب .

وأما المعقول - وهو أن وطء الأم إذلال لها ، وذلك حرام من غير شبهة وشك .

ولئن سلمنا وجود الشبهة ، ولكن لم لا يجب الحد ؟ .

أما الحديث - قلنا : ذكر أبو عيسى الترمذى أن هذا الحديث يرويه يزيد بن زياد الدمشقى ، وهو ضعيف ، فلا يصح الاحتجاج به ^(٣) .

(١ - ٢) النساء : ٢٣ .

(٣) ورد في بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ . وفي سبل السلام ، رقم ١١٤١ ص ١٢٨٧ - ١٢٨٨ : أنه ضعيف - يزيد بن زياد ويقال ابن أبي زياد القرشى الدمشقى ويقال إنهما اثنان . روى عن الزهرى وسليمان بن حبيب وسليمان بن داود الخولاني . وعنه مروان بن معاوية ومحمد بن ربيعة الكلالي وأبو نعيم ويحيى الوحاظي - قال محمد بن عبد الله بن نمير ليس بشيء . وقال أبو حاتم منكر الحديث . وقال مرة ذاهب الحديث . وقال مرة ضعف الحديث ، كأن حديثه موضوع .

الجواب :

قوله : كون الصيغة نكاحا يقف على كون المحل قابلا لمقاصد النكاح حقيقة وقابلا للملك والمحل - قلنا : نحن لا ندعى انعقاد النكاح حقيقة أصلا بل ندعى الشبهة على التفسير الذى ذكرنا . وكون المحل قابلا حقيقة يكفى لإثبات الشبهة .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذى يليه ، لأننا لا ندعى انعقاد العقد والمحل ، حتى يشترط الإقضاء إلى المقاصد .

وأما ما ذكر من النصوص والمعقول - فإنها تقتضى الحرمة مطلقا ، ونحن نقول به ، ولكن لا ينفى ذلك الشبهة .

وكذلك ما ذكر من الأحكام - لا ينفى الشبهة ، على التفسير الذى ذكرنا .
والله أعلم .

٨٣ - مسألة : إذا استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها ، / وقال : علمت أنها^(١) ١/٧٤
حرام ، لا يجب الحد .

والوجه فيه - أنه وطء تمكنت فيه شبهة المحل ، فلا يجب الحد .

وإنما قلنا ذلك - لأنه وطء حصل عقيب عقد مقتضى للملك والحل ، مضافا إلى محل قابل ، لأن عقد الإنجارية موضوع لإثبات ملك المنفعة ، ومنافع البضع حقيقة قابلة للملك ، فهذا يقتضى ثبوت الملك ، إلا أننا عرفنا انتفاءه^(٢) بدليل آخر ، فتبقى الشبهة ، فلا يجب الحد .

== وقال البخارى منكر الحديث . وقال الترمذى ضعيف الحديث . وقال السائى متروك الحديث . وقال ابن عساكر : فرق الخطيب بين الذى روى عن الرهري وعه وكيع وغيره وبين الذى روى عن سليمان بن حبيب وعنه يحيى بن صالح . وعندى أنهما واحد - قلت : وقال ابن شاعير فى الثقات قال وكيع كان رعيما من أهل الشام فى الفقه والصلاح (ابن حجر ، تهذيب التهذيب) .

(١) فى الأصل كذا : « أنهما » ولعل « ليم » نقطة زائدة تحت الألف .

(٢) فى الأصل : « انتفاه » .

فإن قيل: (١) قولكم بأن عقد الإجارة موضوع لإتبات ملك المنفعة - قلنا :
الإجارة وضعت لتمليك مطلق المنفعة ، أم لتمليك منفعة يعتاد استيفائها ؟ ع م - ألا
ترى أنه لو استأجر الأشجار لتجفيف الثياب لا يجوز ، لعدم جريان العادة - كذا
هذا .

ولئن سلمنا أن الإجارة وضعت لتمليك المنفعة ولكن لم قلتم بأن المستوفى بالوطء
منفعة ، بل هو عين ، ولهذا لا يجري فيه البذل والإباحة ، وهو شرط التأييد لتمليكه ،
بمخلاف سائر المنافع .

ولئن سلمنا أن الإجارة وضعت لتمليك المنافع ، ولكن إنما تتمتع سببا للملك ، إذا
قصد المتصرف إيقاعه للملك سببا للملك (٢) ولم يقصد ، لأنه قال : « استأجرتك
لأزنى بك » وإنه يناق الملك .

ولئن سلمنا أن الشبهة تمكنت فيه ، لم لا يجب الحد ؟ وبطلانه ظاهر ، لأنه يؤدي
إلى فتح باب الزنا وسد باب الحدود ، وصار هذا كما إذا قال : « استأجرتك » ولم يقل
« لأزنى بك » يجب الحد . وكذا إذا زنا بها ثم دفع إليها درهما وقال : « هذه
أجرتك » . ولو كان مانعا من الإنداء ، لمنع في الانتهاء ، كملك (٣) السارق
للمسروق بعد السرقة . ولذلك إذا قال لآخر « زنيّ بدرهم » يجب حد القذف ،
فلولا أنه زنا ، وإلا لما وجب الحد .

الجواب :

قوله : الإجارة وضعت لتمليك منفعة يعتاد استيفائها - قلنا : لا نسلم ، بل لتمليك
منفعة يحتاج إلى استيفائها لمكان المناسبة ، بمخلاف ما ذكر من (٤) الصورة ، فإنه لا
حاجة .

(١) مقابلها في الهامش كلمة « قول » - راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ١٩٠ .

(٢) كذا العبارة .

(٣) في الأصل : « الملك » .

(٤) في الأصل كذا : « م » ويبدو لنا من طريقة الناسخ أنها « من » .

ثم قوله : لم قلتم بأن المستوى بالوطء منفعة (١) - قلنا / لأنها منفعة حقيقة . ٢٤٧٤

قوله : الشرع ألحقها بالأعيان ، لما ذكر من الأحكام - قلنا : أجرى عليها بعض أحكام الأعيان ، فلا يمنع كونه منفعة .

قوله : إنما يتعقد مفضيا للحكم إذا قصد المتصرف إيقاعه سببا ، وإنه سماه زنا - قلنا : نعم ، ولكن غرضه ليس عين الزنا ، بل غرضه قضاء الشهوة ، إلا أنه سمي زنا عرفا .

قوله : بأن هذا يؤدي إلى فتح باب الزنا وسد باب الحد - قلنا : هذا باطل بلفظ الإيهار (٢) والتمتع ، فإن كل أحد لا يعجز عن قوله : « أمهرتك بعشرة » وإنه لا يوجب الحد . وأما إذا قال : « استأجرتك » ولم يقل « لأزني بك » فهذه الإجارة تنصرف إلى منافع سائر الأعضاء ، لا إلى البضع .

وأما إذا زنى بها ثم دفع إليها درهما - اختلفت المشايخ فيه . ولئن سلمه - فلائذ الوطء عرى عن الشبهة حال وجوده - بخلاف السرقة ، لأن المسروق قائم ، والوطء تلاشى وانعدم .

(١) في الأصل كأنها « متعة » .

(٢) أمهر المرأة سمي لها مهرا أو أعطاهما المهر . والمهر صدق المرأة والجمع مُهُور ومُهور . والمُهر أول ما ينتج من الخيل والحمر الأهلية وغيرها . والجمع أمهار ومهار وميهار . فالمهر جمعه مُهور ومُهور والشهر جمعه أمهار ومهار وميهار - المعجم الوسيط .

قال السررندى في التحفة ، ٢ : ١٧٦ - ١٧٧ : « وحد أصحابنا : لا يتعقد إلا بلفظ موضوع للتملك . ثم اختلف المشايخ : قال عامتهم لا يتعقد إلا بلفظ موضوع لتملك الأعيان كالبيع والهبة . ولا يتعقد بلفظ موضوع لتملك المنافع كالإجارة والإعارة . وقال الكرخي يتعقد بلفظ وضع للتملك مطلقا ، سواء كان تملك الأعيان أو تملك المنافع حتى يتعقد بلفظ الإجارة والإعارة عنده ... وأما بلفظة الإحلال والتحليل والإباحة : لا يتعقد ، لأنها لا تقتضي التملك . وكذا بلفظة التمتع بأن قال الزوج : « أمتع بك هكذا » فرضيت أو قالت « نعم » - لا يتعقد ، لأنها لم توضع للتملك ، ولأن التمتع صارت منسوخة وهي عبارة عن النكاح المؤقت .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٤)

وأما مسألة القذف - قلنا : إنما يجب الحد لأنه عنى بكلامه : زنيته وأعطيت درهما . أما إذا عنى به : إنك استأجرت بدرهم - لا يجب الحد .

٨٤ - مسألة : العاقلة البالغة إذا مكنت نفسها من صبي أو مجنون يفعل بها ، لا يجب الحد عليها .

والوجه فيه - أن التمكن من زنا الصبي والمجنون لا يساوي التمكن من زنا البالغ والعاقلة ، فلا يساويه في العقوبة .

وإنما قلنا ذلك - لأن تمكين البالغ سبب للحرام ، لأن فعل البالغ حرام وقبيح ، وتمكين الصبي ليس بسبب للحرام ، لأن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة والتسيب إلى القبيح قبيح .

فإن قيل : قولكم بأن التمكن من الصبي لا يساوي التمكن من البالغ - قلنا : هذا الكلام إنما يستقيم لو وجب^(١) الحد بالتمكن ، والحد لا يجب بالتمكن ، بدليل أنها لو مكنت ولم يوجد منه الزنا لا يجب الحد ، وإنما يجب بالزنا ، وقد وجد منها الزنا ، لأن الزنا منها استدخال الفرج في الفرج من غير الملك وشبهته ، وقد وجد منها ، فيجب عليها الحد . فلو امتنع الوجوب إنما يمتنع لامتناع / الوجوب على الرجل وذلك لا يمنع ، إذ ليس يلزم وجوب الحد على أحدهما وجوب الحد على الآخر ، بدليل أن العاقل البالغ إذا زنى بصبية أو مجنونة يجب الحد عليه وإن كان لا يجب عليها ، والمكره إذا زنى بمطوعة يجب الحد عليها وإن كان لا يجب عليه ، والمستأمن إذا زنى بمسلمة يجب الحد عليها ولا يجب عليه ، وغير المحصن إذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وإن كان لا يجب عليه .

١/٧٥

ولئن سلمنا أن الموجب هو التمكن - ولكن لم قلم إن هذا التمكن ليس مثل ذاك التمكن ؟ .

(١) في الأصل « يستقيم أن لوجب » والمعنى واضح .

قوله : بأن فعل الصبي والمجنون ليس بحرام - قلنا : لا نسلم ، بل هو زنا وحرام ، إلا أنه لا يجب عليهما الحد .

ولئن سلمنا أنه دونه ، ولكن لما كان زناها هذا قضاء الشهوة بطريق الحرام وإفسادا للفراش ، وجب عليها الحد ، كما في محل الإجماع .

الجواب :

قوله بأن الحد يجب عليها بالزنا ، لا بالتمكين - قلنا : الزنا لا يتصور منها حقيقة ، لأنه فعل ، ولا يوجد منها فعل سوى التمكين ، والتمكين عدم الفعل ، إلا أن الله تعالى سماها زانية مجازا .

أما العاقل البالغ إذا زنى بصبيّة أو مجنونة ، فقد وجد منه الفعل ، فيجب الحد بالنص .

وأما الكره مع المطاوعة - فالمسألة ممنوعة .

وأما المستأمن إذا زنى بمسلمة ، يجب الحد عليها ، لأنه تمكين من فعل حرام - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا مكنت من النائم فالمسألة ممنوعة .

وأما غير المحصن إذا زنى بالمحصنة - قلنا : وجه التمكين من فعل الزنا الذي هو حرام ، وإنه موجب للرجم إذا وجد شرائط الإحصان - أما ههنا بخلافه .

أما قوله بأن فعل الصبي زنا - قلنا : ليس كذلك ، لأن الزنا حرام وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة ، لعدم التكليف .

قوله : وجد منها إفساد الفراش - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لما ذكرنا / أنه ٧٥ لم يوجد منها فعل .

والله أعلم .

٨٥ - مسألة : المولى لا يملك إقامة الحدود على مملوكه .

والوجه فيه - أن الحد حق لله ، فلا يملك المولى استيفاءه ، قياسا على سائر الأجانب .

وإنما قلنا : إن الحد حق لله - لأنه لا يسقط بإسقاط العبد ، ولو كان الحق للعبد لسقط بإسقاطه ، كسائر الحقوق التى هى له . ولأنه يتنصف بالرق ، وحق العباد لا يتنصف بالرق . وإذا كان حق الله ، كان المولى أجنبيا ، فلا يملك إقامته ، وإنما يملكه نائب الله ، وهو القاضى ، قياسا على ما ذكرنا .

فإن قيل : قولكم بأن الحد حق الله - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه لا يسقط بإسقاط العبد [قلنا :] لا لأنه ليس بحق للعبد ، بل لأنه وإن كان حقا للعبد ، فهو حق الله ، وهتك حرمة الشرع أيضا ، كد السرقة : فإنه لا يسقط بإسقاط العبد ، وإن كان حق العبد ، لما فيه من حق الشرع - كذا هذا .

قوله : يتنصف بالرق - قلنا : التنصيف ليس يلازم حق الشرع لا محالة - ألا ترى أن حد السرقة لا يتنصف بالرق ، وإن كان حقا للشرع ، والقسم^(١) والطلاق يتنصف بالرق وإن كان حقا للعبد .

ولئن سلمنا أن الحد حق الله على الخلوص ، ولكن لم قلتم بأن المولى لا يملك إقامته ؟ .

قوله بأن المولى أجنبى - قلنا : كونه أجنبيا يمنع الإقامة بطريق الأصالة أم بطريق النيابة ؟ م ع - وعندنا يملك إقامته نيابة عن الشرع كالإمام .

(١) القسم المطاء - يقال : عنده قَسَم يقسمه (ولا يجمع) - المعجم الوسيط .

ثم هذا معارض بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا - الآية ﴾ ^(١) وهذا خطاب لكل الأمة ، إلا أن الأجانب خصوا ، فتناول الإنعام والمولى .

وأما السنة - [ف] ما روى أبو هريرة وزيد بن خالد قالا : سئل النبي ﷺ عن الأمة إذا زنت ولم تحمّن . قال : إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ثم ييموها ولو بضعير ^(٢) متفق عليه .

/ وأما المعقول - وهو أنه من قبيل الحسبة والنهي عن المنكر ، فيجب على الناس كافة ، خصوصاً على المولى لأنه ماله .

الجواب :

قوله : إنما لا يسقط بإسقاطه ، لأن فيه حق الشرع أيضاً - قلنا : لما لم يسقط بإسقاطه علم أنه حق لله ، لأنه لو لم يكن لسقط ^(٣) ، لأن حق العبد ومصلحته مقدم على حق الشرع - على ما عرف . ومع هذا لم يسقط - 'علم أنه لم يكن حقاً له .

قوله هـ : التنصيف ليس من لوازم حق الشرع - قلنا : لا بل هو من لوازمه ، لأن تنصيف العقوبة بناء على حقه [عند] الجناية ، وإنما يعقل ذلك بسبب الرق ، لأن الرق هو المؤثر في نقصان النعمة ، فالإقدام على الجناية يكون أخف . وهذا إنما يتحقق

(١) الور : ٢ - ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ... ﴾ وراجع فيما تقدم المامش ١ ص ٢٠١ و ٢ ص ٢٠٥ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٦ ، ص ١٨٩ . وسبل السلام ، ٤ ، ص ١٢٧٦ - ١٢٧٩ ، رقم ١١٣٣ : « عن أبي هريرة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا زنت أمة أحطكم فزين زناها فيجلدها الحد ، ولا يُتْرَب عليها ، ثم إن زنت فليجلدها ولا يُتْرَب عليها ، ثم إن زنت الثالثة فزين زناها فليبينها ولو بجمل من شعر » متفق عليه . وهذا لفظ مسلم والتثويب التوبيخ واللوم على الذنب . والضعير المضفور من شعر أو غيره والصفيرة كل خصلة تضفر على حدة - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل كنا : « لقط » .

في حق الشرع ، وحق العبد لا يختلف باختلاف الجاني . وأما القِطْع في باب السرقة إنما لا يتنصف لأنه لا يمكن ، لأنه لا يعرف نصفه . وأما القسم والطلاق إنما يتنصفان لأنهما بنيا على حل المحلية وذلك نعمة في حق الحل من الشرع .

قوله : كونه أجنبيا ينفي الإقامة نيابة أم أصالة ؟ . قلنا : هذه معارضة .

قوله : هو نائب عن الشرع - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه لو كان نائبا عن الشرع لوجب عليه الإقامة ، كالإمام ، ولم يجب بالإجماع - دل أنه غير نائب .
وأما الآية - قلنا : لا تتناول صورة النزاع ، لأنه حق كامل . على أن الخطاب للأئمة ، نقلا عن أئمة التفسير .

وأما الحديث - [ف] يحتمل أنه أراد به التعزير ، وللمولى ذلك لقوله عليه السلام :
« لا ترفع عصاك عن أهلِكَ » .

قوله : إنه من باب النهي عن المنكر - قلنا : النهي عن المنكر ليس يلزم بطريق إقامة الحد ، بل بالزجر والمنع .
والله أعلم .

٨٦ - مسألة : الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بالإقرار أربع مرات في أربعة مجالس . وعنده بالإقرار مرة واحدة .

والوجه فيه - ما وري أبو هريرة قال : « أتى رجل من المسلمين رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه / فقال : يا رسول الله : إني زنيت فأعرض عنه ، فتنحى لتقاء وجهه ، فقال له : يا رسول الله - إني زنيت ، فأعرض عنه ، حتى ثنى (١) ذلك عليه أربع مرات - فلما شهد على نفسه أربع شهادات - دعاه رسول الله ﷺ فقال : أبك جنون ؟ قال لا - قال : فهل أحصنت ؟ قال : نعم - فقال رسول الله ﷺ : اذهبوا به فارجموه - قال ابن شهاب فأخبرنا من سمع حابر بن عبد الله يقول : كنت ممن رجمه

(١) ثنى الشيء عطفه وبابه رمى وشناه صار له ثانيا وشناه ثنية جعله اثنين - مختار الصحاح .

فرجناه بالمصلى فلما أذلقته (١) الحجارة هرب ، فأدركناه بالخرة (٢) ، فرجناه » الرجل هو ماعز بن مالك وروى قصته جابر بن سمرة وعبد الله بن عباس وأبو سعيد الخدري ويزيد بن الحبيب الأسلمي (٣) - متفق على صحته (٤) .

والاستدلال بالحديث أن النبي ﷺ أخر (٥) به إقامة الحد إلى تمام الأقاير الأربعة . ولو ظهر الزنا الموجب للحد بالإقرار مرة واحدة ، لوجب على النبي ﷺ إقامة الحد ، لأن الأمر بإقامة الحد عند ظهور الزنا واجب ، ولو وجب لما أخر ، لأن تأخير الواجب لا يظن بالنبي ﷺ ، وحيث أخر علم أن الزنا لا يظهر إلا بالأقاير الأربعة .

فإن قيل : قولكم بأن النبي ﷺ أخر الإقامة - قلنا : هذا إما يستقيم أن لو كان شرعية الرجم ثابتة في تلك الحالة ، وشرعية الرجم عرفت بهذا الحديث ، فإن أول من رجم في الإسلام ماعز ، فلم تكن شرعيته ثابتة في تلك الحالة ، فلا يكون تأخيرا .

ولئن سلمنا أنه كان ثابتا في تلك الحالة ، ولكن يحتمل أن تأخير النبي ﷺ إنما كان لتعرف : هل هو عاقل ؟ ولهذا قال : أهلك جنون ؟ أو يحتمل أنه عليه السلام ما وجد في تلك الساعة من يقيم عليه الحد ولم يكن يقيم بنفسه .

ولئن سلمنا أنه كان مأمورا بالإقامة ، ولكن مقتضى الأمر الوجوب على الفور أم على

(١) أذلقته الحجارة بلغت منه الجهد حتى تضرر - أنقلته - المعجم الوسيط . وراجع فيما تقدم الماش ٢ - ٣ ص ٢٠١ و ٣ ص ٢٠٥ .

(٢) الحخرة موضع بظاهر المدينة تحت واقم وبها كانت وقعة الحرة إمام يزيد بن معاوية - المعجم الوسيط .

(٣) راجع فيما تقدم الماش ٣ ص ٢٠٦ - ٢٠٧ .

(٤) راجع فيما تقدم الحديث ص ٢٠١ والماش ٢ - ٣ ص ٢٠١ والماش ٣ ص ٢٠٥ . بلوغ المرام ، رقم ١٠٣٣ و ١٠٣٤ ص ١٨٨ - ١٨٩ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٣٠ ص ١٢٧٢ - ١٢٧٥ .

(٥) كذا الظاهر في الأصل . وفي المعجم الوسيط : أئثر الشيء جملة بعد موضعه وأئثر الميعاد أجله . وسأئى بعد قليل : « أخر الإقامة » - ولعل الأظهر : أخر إقامة الحد به .

١/٧٧ التراخي ؟ ع م - وهذا لأن / مطلق الأمر يحوز تأخير عن أول أوقات الإمكان ، ولأنه غير مقترر ، بدليل أنه يرتفع بالرجوع ، فيحتمل أنه عليه السلام كان يتوقع الرجوع .

ثم هذا معارض بما روى أبو هريرة وزيد بن خالد أنهما قالا : إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ! أتشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله - فقال الآخر وهو أفضه منه : نعم ، فاقض بيننا بكتاب الله ، واثن لي - فقال رسول الله ﷺ قل : قال : إن ابني كان عسيقا على هذا ، فزني بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم ، فأخبروني أن ما على ابني جلد مائة وتغريب عام وأن على امرأة هذا الرجم - فقال رسول الله ﷺ : والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله : الوليد والغنم رد ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، اغد يا أنيس - لرجل من أسلم - إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها - قال : ففعلنا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله ﷺ فرجمت (١) - متفق على صحته ، والاعتراف حصل بالإقرار مرة واحدة .

الجواب :

قوله : شرعيته لم تكن ثابتة في تلك الحالة - قلنا : بلى ، ولكن شرعية الجلد كانت ثابتة . فلو ظهر الزنا بالإقرار مرة لما أخر إقامته .

قوله : يحتمل أن التأخير إما كان لأنه شك في عقله - قلنا : لا نسلم ، بل عرفه قبل ذلك . والدليل على أنه كان عاقلا أنه جاء ثائبا نادما طالبا لحد الله ، وهو أماره العقل ، وسؤال النبي ﷺ عن جنونه إما كان تلقينا له الشبهة ، كما هو السنة .

(١) راجع : بلوغ المرام ، رقم ١٠٣١ ص ١٨٨ . وسبل السلام ، ٤ : ١٢٦٧ - ١٢٦٨ وفيها : متفق عليه واللفظ أسلم وراجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ١٤٤ . والعسيف الأجير ومعنى عسيقا لأن المستأجر يعسفه في العمل والعسيف المجور . وأنيس هو أنيس بن الضحاك الأسلمي وغلط من زعم أنه أنس بن مالك صغره النبي ﷺ عند خطابه (راجع بلوغ المرام ، الموضع السابق ، هامش ٢ ص ١٨٨ . وسبل السلام ، الموضع السابق ، الهامش ١ و ٣ ص ١٢٦٨ .

قوله : لم يجد من يقيم عليه - قلنا : لا سلم ، بل كان قادرا على الإقامة قبل الإقرار أربعاً بالطريق الذى بعد الإقرار [أربعاً]^(١) .

قوله : مطلق الأمر يقتضى الوجوب على التراخى - قلنا : الجواب عنه من وجوه :

أحدها - / أنه يقتضى الوجوب على الفور ، لأن الأصل أن لا يتراخى الحكم عن ٢/٧٧ السبب .

والثانى - أن الأمر بالحد يقتضى الوجوب على الفور ، لأنه متوجه على الإمام ، وفى التراخى احتمال الفوات . .

والثالث - أن حد ماعز وجب على الفور ، لأنه كان طالبا للطهارة وطلبه يقتضى الفور . وأما النذور والكفارات فممنوع - عن الجصاص - بل يجب على الفور .

قوله : كان غير متقرر لاحتمال الرجوع - قلنا : هذا الاحتمال ثابت بعد الإقرار أربعاً . ومع هذا متقرر ، فعلم أنه كان متقرا .

وأما الحديث - [فـ] لا يخلو : إما إن كان متقدما على ما روينا ، أو متأخرا عنه . فإن كان متقدما كان منسوخا بهذا . وإن كان متأخرا ينصرف إلى الاعتراف الممهود فى هذا الباب ، وهو الإقرار أربع مرات .

٨٧ — مسألة : الإحصان يثبت بشهادة رجل وامرأتين .

وصورته - إذا أنكر الزانى بعض شرائط الإحصان .

والوجه فيه - أن هذا زان ظهرت ثيابه^(٢) عند القاضى بحجة شرعية ، فيجب عليه الرجم .

(١) فى الأصل كذا : « بعد الإقرار الأربعة » .

(٢) رجل ثيب وامرأة ثيب - قال ابن السكيت : وهو الذى دخل امرأة وهى التى دُخل بها - مختار الصحاح .

وإنما قلنا إنه زان ، لأن الزنا ثبت بحجة شرعية .

وإنما قلنا : ظهرت ثباته - لأنه وجدت الحجة المثبتة لها ، المظهرة لها عند القاضي . وهو شهادة رجل وامرأتين ، لأن [ل] مثل شهادة رجلين في إظهار الحق . لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ (١) - فيجب عليه الرجم بالحديث (٢) .

فإن قيل : قولكم شهادة رجل وامرأتين مثل شهادة رجلين - قلنا : لا نسلم . أما النص - قلنا : ذاك في باب المدانة ، بدليل سياق الآية (٣) ، ونحن نقول به . ونحن سلمنا أن شهادة رجل وامرأتين مثل شهادة رجلين ، لكن لا مدخل لها في باب الحدود ، بالإجماع .

ولأن الإحصان شرط في معنى العلة ، بدليل أنه يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان ، كما في الزنا .

ولا يشترط الدعوى في الشهادة عليه ، كما في الزنا . فلا تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين إلحاقاً له بحقيقة العلة / في باب الرجم . ١/٧٨

ولأن الذكورية (٤) عندكم شرط في باب التزكية مع أنه أبعد من الحد - فهذا أولى . ثم هذا الذي ذكرتم ظن وقياس ، والحدود لا تثبت بالظن والقياس .

(١) البقرة : ٢٨٢ - ﴿ .. واستشهدوا شهادتين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تفضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ... ﴾ وانظر فيما يلي الهامش ٣ .

(٢) راجع فيما تقدم ص ٢٠٤ والهامش ١ و ٢ منها ، وص ٢١٦ والهامش ١ منها .

(٣) الآية ٢٨٢ من سورة البقرة : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ... ﴾ راجع فيما تقدم الهامش ١ والآية كلها من سورة البقرة .

(٤) الذكر خلاف الأنثى والذكورة خلاف الأنوثة - المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : النص^(١) ورد في المدائيات لا في الحدود - قلنا : الأمر بالاستشهاد ورد في المدائيات ، ولكن تفسر الشاهدين ورد مطلقا ، بدليل أنه ألحق به الكاح وغيره .

قوله : شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود - قلنا : بلى ، ولكن لم قلتم بأنه شهادة الحد ، بل هو شهادة على النكاح ، وهو غير الزنا .

قوله : بأن الإحصان شرط في معنى العلة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، بدليل أن النكاح لو ثبت بشهادة رجل وامرأتين قبل ظهور الزنا ثم زنى وظهر عند القاضي زناه ، يقضى بالرجم عليه .

وأما الرجوع - فلأن الإحصان شرط^(٢) حق الله تعالى ، وهو الرجم .

ولا يشترط الدعوى ، لأن فيه تحريم الفرج .

وأما التزكية - فإنها شرط في معنى العلة ، لأنها مؤثرة في ظهور عدالة الشاهد ، وعدالة الشاهد في ظهور الزنا .

قوله : هذا إثبات الحد بالرأى والقياس - قلنا : ليس كذلك ، بل إثبات بالاستدلال ، لأننا بينا أن هذا عين المنصوص عليه لا غيره .

٨٨ - مسألة : حد القذف لا يورث ، ولا يسقط بإسقاطه ، ولا يجرى فيه التداخل . وعندنا : يورث ، ويسقط ، ويتداخل^(٣) .

والوجه فيه - أن المذهب في حد القذف حق الله تعالى ، فلا يجرى فيه الإرث ، قياسا على الزنا^(٤) .

(١) البقرة : ٢٨٢ - راجع فيما تقدم المامش ١ و ٣ ص ٢١٨ .

(٢) في الأصل يظهر أنها « بشرط » .

(٣) راجع : السمرقندي ، التحفة ، ٣ ، ٢٢٦ - ٢٢٧ .

(٤) قال السمرقندي في التحفة ، ٣ : ٢٢٧ : « فالحاصل أن المذهب في حق القذف حق الله تعالى عندنا . وعندنا المذهب حق المذهب - فلا يورث عندنا ، حلقا له » .

وإنما قلنا ذلك ، لأنه قابل للتصنيف . ولأن أثره إشاعة الفاحشة ، وذلك حق الشرع . ولهذا لا يباح برضا العبد ، فكان قضيته أن لا يكون العبد بسبيل من استيفائه ، إلا أن الشرع جعله نائباً عن نفسه في ذلك ، فقيماً عنه تنمسلك بالدليل .

فإن قيل : قولكم بأن أثره إشاعة الفاحشة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن قول القاذف « زني » إن كان يقتضى ظهور الفاحشة ، فإنكار المقدوف / يقتضى عدمه ، فتعارضاً ، فلا يظهر الفاحشة . ٢/٧٨

ولئن سلمنا أنه إشاعة الفاحشة وإنه حق الشرع من هذا الوجه ، ولكنه هتك حرمة عرض العبد ، فيكون حق العبد من هذا الوجه ، وحقه في العرض أقوى ، لأنه تبع النفس ، وحقه في النفس أقوى ، لأن قتله يشرع لغيره القصاص والدية ، وحق الشرع في القتل بالكفارة .

والدليل على أن الغالب في القذف حق العبد الأحكام :

منها - أنه يشترط فيه دعوى العبد . فلو كان الغالب حق الشرع لما شرط ، كحد (١) الزنا .

ومنها - أنه لا يسقط بتقادم العهد .

ومنها - أنه لا يصح فيه الرجوع بعد الإقرار .

ومنها - أنه يعمل فيه تصديق العبد .

ومنها - لو قذف ميتا يثبت حق إقامة الحد للورثة .

ولئن سلمنا أن حق العبد مغلوب ، ولكن لم قلّم بأن ذلك القدر الذى ثبت للمورث ، وإن قل ، لا يثبت للمورث ؟ .

(١) في الأصل تشبه : « الحد » .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ - الْآيَةُ ﴾ (١) مطلقا هـ .

الجواب :

قوله : بَأَن قول القاذف « زَيْتٌ » يتعذر بإنكاره - قلنا : ليس كذلك ، لأنه إذا وقع في ألسن الناس ، والناس بين مصدق ومكذب ، تشيع الفاحشة ، ولا نغنى بإشاعة الفاحشة إلا هذا القدر .

قوله : فيه هتك عرض العبد - قلنا : بلى ، ولكنه غير مقصود ، بل هو تبع لحق الشرع .

وأما الأحكام - قلنا :

إنما يشترط الدعوى - لأن الأصل ألا تسمع البيعة إلا بالدعوى ، إلا في الزنا والشرب : [ف] لا تشترط الدعوى ، لأنه لا يتعين لذا (٢) . والقذف والسرقة يتعين فيشترط (٣) .

وأما قبول الشهادة بعد تقادم المهد - إنما كان لأنه لا تهمة في التأخير ههنا لكونه موقوفا على الدعوى ، بخلاف سائر الحدود ، فإن التأخر دل على التهمة ، لعدم الدعوى (٤) .

وإنما لا يصح الرجوع بعد الإقرار - لأن له مكذبا وهو المذدوف ، بخلاف الزنا (٥)

/ وبخلاف السرقة فإنه حق الشرع .

١/٧٩

(١) النور : ٤ وما بعدها : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةٌ أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ » إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم » والذين يرمون أزواجهم ... ﴾ . وانظر أيضا : النور : ٢٣ .

(٢) قد تكون « كنا » .

(٣ - ٤) راجع : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ٢٤٥ - ٢٤٦ .

(٥) في الأصل كنا : « الزنا » بلا نقط .

وأما التصديق - إنما لا يجب مع التصديق لحق^(١) الشرع ، وهو احتمال الكذب .
وأما إذا قذف ميتا - لا يثبت لهم بطريق الوراثة ، بل ابتداء للحقوق العار بهم .
قوله : إن كان حق العبد مغلوبا ، لم لا يجب الحد ؟ قلنا : لأن المغلوب له حكم
العدم .

قوله : لم قلتم بأن ذلك القدر الذى ثبت للمورث لا يثبت للوارث ؟ قلنا : لأن في
استيفائه حيلة لإطالا لحق^(٢) الشرع بخلاف المورث ، لأنه نائب^(٣) عن الشرع ،
[و] من ادعى النيابة ههنا فعليه البيان .

وأما إطلاق الآية - قلنا : لم يبق الإمكان ، لأن الدليل ينفيه^(٤) .
والله أعلم .

(١) فى الأصل كنا : « لمقد » راجع فيما تقدم المامش ٤ ص ٢١٩ والمامش ٤ التالى .

(٢) فى الأصل « لأن فى استيفائه حيلة يكون لإطالا للحق الشرع » راجع فيما تقدم
المامش ٤ ص ٢١٩ والمامش ٤ التالى .

(٣) « نائب » غير واضحة فى الأصل وموضعها فيه يباىض فى معطمه .

(٤) راجع الشوكانى ، فتح القدير ، ٤ : ٧ وما بعدها .

قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٢٢٦ : ولو أنه طلب المقتوف الحد وشاخص بين يدى
القاضى ، وحكم القاضى به ، ثم مات ، أو مات قبل أن يطالب ، أو مات بعد ما ضرب بعض
الحد - بطل الحد وبطل ما بقى ، وإن كان سوطا واحدا ، ولا تبطل شهادة المقتوف - وهذا
عندنا . وعند الشافعى : يقوم الوارث مقامه فى الخصومة والحضرة . فالحاصل أن المقلب فى حق
القذف حق الله تعالى عندنا . وعنده المقلب حق العبد ، فلا يورث عندنا خلافا له .

ولى الزهلى ، تبين الحقائق ، ٣ : ٢٠٣ : (ويطل بموت المقتوف لا بالرجوع والمفو) يعنى
حد القذف يطل بموت المقتوف ولا يطل بالرجوع عن الإقرار ولا بالمفو . وكذا بموته أنشاء
الحد : يطل ، لأن فيه حق الله تعالى وحق العبد ، فيالنظر إلى حق الله تعالى يطل بالموت ولا يطل
بالمفو . وبالنظر إلى حق العبد لا يطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود .

٨٩ - مسألة : القطع مع الضمان لا يجتمعان .

والوجه فيه - أن السرقة تناولت مالا غير منتفع به في حق المالك شرعا^(١) ، فلا يوجب الضمان ، حقا للمالك ، قياسا على سرقة الخمر والخنزير .

وإنما قلنا ذلك - لأن هذه السرقة انتقدت موجبة للقطع ، وانتقادها موجبة للقطع دليل على أن المال غير منتفع به حالة السرقة ، أو هو محرم الانتفاع به بعينه شرعا ، لأنه لو كان منتفعا به في حالة السرقة كان الانتفاع مباحا في ذاته في حق السارق ، فكانت السرقة مباحة ، تمكينا له من الانتفاع وإقامة للمصالح ، وكل فعل هذا حاله ، لا يعرى عن الشبهة . ولو تمكنت الشبهة فيه لاندفع القطع ، لأن الحدود تندرى بالشبهات - فدل وجوب القطع على عرائها عن الشبهة ، ودل عراؤها عن الشبهة على كونه محرم الانتفاع ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان [سببه] إتلاف مال منتفع به ، فلا يتلف إلا بمضله .

فإن قيل : اعتبار مثل هذه الشبهة يؤدي إلى سد باب الحد ، لأن السرقة لا يتصور بدونها ، فكان باطلا .

ثم نقول - وجوب القطع يدل على كون المال غير منتفع به شرعا في حق السارق أم في حق المالك ؟ / م ع . وهذا لأن الحل والحرمه : جاز أن^(٢) يثبت في حق شخص دون شخص - ألا ترى أن منكوحة الغير حلال الوطء في حقه حرام الوطء في حق الأجنبي ، وغيرها من الأمثلة - كذا هذا : المال حلال الانتفاع في حق المالك وإنه يكفي لوجوب الضمان ، محرم الانتفاع في حق السارق ، ولهذا يقطع - دل عليه أنه يبقى ملك المال فيه ، بدليل وجوب الرد .

(١) الظاهر أن المقصود أنه لا يجوز للسارق الانتفاع بالمال المسروق لأنه مملوك للمسروق منه - انظر فيما على .

(٢) في الأصل كلا : « جازان » - انظر ما على في الجواب .

ولئن سلمنا أنه غير منتفع ، ولكن بالسرقة خرج عن الانتفاع ، فيوجب الضمان ،
ولأنه كان منتفعا به قبل الإخراج من الحرز ، فتناول الأخذ مالا معصوما ، فكان غصبا
موجبا للضمان ، ولهذا لو أُلْف قبل الإخراج يجب عليه الضمان .
الجواب :

قوله : هذه [الشبهة] تؤدي إلى سد باب الحد ، لأن السرقة لا تتصور بدونها -
قلنا : لا نسلم ، بل تتصور بدونها ، بأن يسرق الخمر أو الخنزير .

قوله : جاز أن يثبت الحل والحرمه في حق شخص دون [شخص] (١) - قلنا :
نعم ، ولكن الإباحة إذا ثبتت في حق شخص بدليل ، وذلك الدليل يقتضي
الإباحة في حق غيره ، تثبت شبهة الإباحة إن لم تثبت حقيقة الإباحة - بخلاف
المنكوحه ، لأن المنافع التي يستوفها الزوج غير التي يستوفها الأجنبي .

وأما بقاء الملك ووجوب الرد - [ف] لا يدل على كونه مباح الانتفاع به ، بدليل
الخمر إذا سرق من مسلم .

قوله : تناول الأخذ مالا معصوما ، فيكون غصبا - قلنا : نعم ، ولكن السرقة تم عند
الإخراج من الحرز ، والفعل قبل الإخراج من الحرز ليس بسبب للضمان ، لأن الغصب
إنما يكون سببا للضمان بإزالة يد المالك ، وما دام في داره فهو في يد المالك ، فلو أُلْفه
في الدار ، ففيه اختلاف المشايخ .

٩٠ - مسألة : لا قطع على النباش (٢) .

والوجه فيه - أن النباش لا يساوي السرقة من الأحياء ، في وصف الجنابة والقبح ،
فلا يساويه في العقوبة .

(١) « شخص » ليست في الأصل . وفيما تقدم « .. الحل والحرمه جاز أن يثبت في حق
شخص دون شخص » .

(٢) النباش من يقتش القبور عن الموتى ليسرق أكفانهم وحليهم والنباشه حرفة نبش القبور -
المعجم الوسيط .

وإنما قلنا ذلك - لأن السرقة من الأحياء جناية على مال يستعمل في مصلحة البقاء ظاهرا / غالبا ، والجناية على مال - لا يستعمل في مصلحة البقاء ظاهرا وغالبا - هو النيش ، لأنه لا ينتفع بالكفن شرعا ، لكونه عرم النزاع ، ولا طبعا لتفقر الطباع^(١) السليمة عنه ، وإذا لم يستويا في الجناية ، لم يستويا في العقوبة ، لما ذكرنا .

فإن قيل : قولكم بأن النيش لا يساوى السرقة - قلنا : لا نسلم ، لأن النيش سرقة بالنقل والحقيقة : أما النقل - [ف] ما روى عن عائشة أنها قالت : « سارق أمواتنا كسارق أحياتنا » والمراد النباش . وأما الحقيقة - فلأن السرقة في عرف الشرع أخذ مال مملوك متقوم من حرز كامل على سبيل الخفية ، وقد وجد ، فيوجب القطع بالنص . ولئن سلمنا أنه غير السرقة ، ولكن لم قلّم بأنه لا يساوى السرقة ؟ .

قوله : لأنه أخذ مال لا يستعمل في مصلحة البقاء - قلنا : الشرط حقيقة الاستعمال أم كونه صالحا للاستعمال ؟ ع م . وهذا لأنه ثوب صالح لإقامة^(٢) المصالح ، إلا أنه منع عن الانتفاع به لما فيه من كشف عورة الميت ، لا لعينه ، فصار كالثوب النجس^(٣) ، فإنه يقطع به - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه لا ينتفع به ، ولكن قبل النزاع أم بعده ؟ م ع - وهذا لأن الكفن إذا نزع يجوز الانتفاع به ، لأن إعادته إلى الميت غير مشروع .

وأما ما ذكر من النفرة فذاك يختلف باختلاف الطباع ، وإنه لا يخل بالانتفاع ، كتب الأبرص والأجرب والمجنون .

ولئن سلمنا أنه فات هذا النوع من القبح ، ولكن عارضه قبح آخر ، وهو كشف الميت .

(١) في الأصل كذا : « لتفقر » . وفي المعجم الوسيط : تفقر تفقروا أعرض .

(٢) في الأصل كذا : « للإقامة » .

(٣) في الأصل كذا : « النجس » وسيأتي « الثوب النجس » .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ١٥)

الجواب :

قوله النيش سرقة - قلنا لا نسلم .

وأما قول عائشة : سارق أمواتنا - قلنا : سمته سارقا بطريق المجاز .

وأما ما ذكر من حد السرقة - قلنا : ذلك القدر لا يكفي لحد السرقة ، بل هو مع كونه أخذاً من حافظ مترصد لحفظه ، وذلك لا يتحقق ههنا . ولهذا لو سرق من بيت في طرف من أطراف البلد ليس حوله [عمارة ^(١)] ولا ثم / حافظ وأغلق بابيه ، فإنه لا يقطع . وكذلك إن سرق مالا آخر من القبر غير الكفن لا يقطع ، لما ذكرنا - كذا هذا .

٢/٨ .

قوله : الشرط حقيقة الاستعمال أم كونه صالحا للاستعمال ؟ - قلنا : الشرط كونه بحال يستعمل في مصلحة البقاء عادة ، والنيش جنابة على مال لا يستعمل في مصلحة البقاء عادة ، لقيام المانع على ما ذكرنا ، فلا يكون أخذه في الجنابة مثل أخذ مال آخر ، بخلاف الثوب النجس لأنه لا مانع عن الانتفاع به طبعاً وشرعاً بواسطة الإزالة .
وبه يخرج الجواب عن السؤال الذي يليه .

قوله : بأن الطبايع مختلفة - قلنا : الحكم لا يبنى على طبايع اللثام ولا على طبايع الكرام ، ولكن على الأوساط الأعم ، وطبايع الأعم ما ذكرنا ، بخلاف ثوب الأبرص ، لأن تلك النفرة تزول بالغسل - أما ههنا بخلافه .

وأما كشف الميت - فلا ، لأ [نه] لا يوجب القطع ، والكلام فيه .

(١) كلمة ها غير ظاهرة والمعنى ظاهر : ليس حوله عمران أو جيران .

انظر : السمرقندى ، التحفة ، ٣ : ٢٣٧ : « ومنها (من شرائط السرقة) - أن يكون المال المسروق مخفوطاً ، محرراً على الكمال . وإما يكون محرراً بأحد أمرين : إما أن يكون في مكان معد للإحراز عادة ، كالدير والبيوت والحوانيت والصناديق . وإما أن يكون محرراً بالحافظ ... » .

٩١ - مسألة : السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة - بخلافه .

والوجه فيه - أن القطع في المرة الثالثة تفويت جنس منفعة البطش ، فلا يشرع حدا ، قياسا على قطع اليدين في المرة الأولى .

وإنما قلنا ذلك - لأنه تفويت القدرة على البطش أصلا ، فلا يشرع لوجهين : أحدهما - أنه إهلاك النفس من وجه ، لأن قيام النفس بقيام منافعها ، وفي الإهلاك من وجه شبهة الإهلاك ، والحدود تندريء بالشبهات .

والثاني - وهو أن القطع شرع زاجرا ، وفي تفويت جنس منفعة البطش لا يكون زجرا ، لأن الزجر إنما يحصل أن لو بقي الشخص قادرا على الفعل المزجور عنه .

فإن قيل : قولكم بأن القطع في المرة الثالثة تفويت منفعة البطش - قلنا : تفويت المنفعة يضاف إلى القطع في الثالثة فحسب أم إليه وإلى الأولى والثانية ؟ ع م - ولكن حيثن يكون القطع في المرة الثالثة تفويت بعض هذه المنفعة ، وإنه مشروع بالإجماع كما في الأولى .

١/٨١

ولئن / سلمنا أنه تفويت المنفعة لم لا يشرع ؟ .

قوله : هو إهلاك النفس من وجه - قلنا : لا نسلم ، بل هو تفويت منافع اليد ، أما منافع النفس فهي قائمة بمخالها .

وأما قوله بأنه شرع للزجر ولا يحصل به الزجر ، لعذر^(١) القدرة - قلنا : لا نسلم ، بل يتصور بالأخذ بالأسنان والإبط والرسفين والاستعانة بغيره ، ولهذا يقطع الأعمى إذا سرق على ما ذكرتموه .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾^(٢) مطلقا من

(١) في الأصل قلنا : « لعذر » .

(٢) المائدة : ٣٨ - ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ .

غير فصل ، ولأن السرقه فى المرة الثالثة أقيح من السرقه فى المرة الأولى والثانية ، لأنه أدل على الجرأة والوقاحة والإصرار عليها ، فكانت الحاجة إلى شرع القطع أمس ، وصار هذا كما إذا قطع يسار إنسان والقاطع لا يمين له ، يقطع يسار القاطع ، مع ما ذكرتم - كذا هذا .

الجواب :

قوله : بأن تقويت المنفعة مضاف إلى القطعين - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن الحكم إذا ثبت عقيب علة ذات وصفين ، يضاف إلى آخرهما ، كما فى مسألة السفينة (١) .

قوله : بأنه تقويت منفعة اليد لا النفس - قلنا : بلى ، هو تقويت منفعة النفس ، لأن النفس هى الآخذة واليد آلة ، على أن النفس عبارة عن مجموع هذه الأعضاء .

قوله : لم قلتم بأن الزجر لم يحصل بهذا القطع ؟ قلنا : لأن الزجر إعدام الجناية مع بقاء الجانى ، وفى هذا إعدام الجانى - على ما مر ، فلا يكون زجرا .

وما ذكر من الصور فنادر جدا ، فيلحق بالعدم .

(١) يجوز أن تكون العلة وصفا واحدا ويجوز أن تكون وصفين وأوصافا بلا خلاف فى الشرعيات فهل العلة هى كل الأوصاف أو صفة الاجتماع أو الوصف الزائد المجهول الذى لا يتصور انعقاد العلة والحكم بدونيه . قال بعضهم العلة هى كل الأوصاف . وقيل العلة صفة الاجتماع . وقال بعضهم : هو الوصف الزائد . وهو وصف من الجملة غير عين ، وهو الذى لا يتصور بدونيه الاجتماع ولا انعقاد العلة بدونيه . نظير المسألة : سفينة فى الماء لا تفرق بوضع كره فيها ، وتفرق إذا نهض قفيز على الكر : فوضع إنسان فيها كرا وقفيزا ، من مال إنسان بشير إذن صاحبه ، حتى غرفت السفينة وتلف ما فيها : فعند الأولين يضاف إلى الكر والقفيز جميعا . وعند الفريق الثانى : إلى صفة الاجتماع . وعند الفريق الثالث : يضاف إلى قفيز من الحملة غير عين ، لا إلى قفيز زائد عينا .

ويستوى الجواب بين أن يلقى الكر والقفيز معا ، أو يلقى الكر أولا ثم القفيز ، أو يلقى القفيز أولا ثم الكر ، لأنه ما لم يوجد الكل ، لا يتحقق التلف بأى طريق وجد وضع الكل ... الخ .

(يراجع : السمرقندى ، ميزان الأصول - المختصر ، ص ٥٨٧ - ٥٨٩) .

بمخلاف الأعمى : فإن آلة السرقة قائمة ، وهي اليدان ، أما ههنا بمخلافه .

وأما الآية - قلنا : عام خص منه البعض ، فيخص المتنازع فيه ، لما ذكرنا .

على أن المراد من الأيدي في الآية الأيمان لا غير ، بدليل قول ابن مسعود : « فلا يكون اليسار مرادا » فكان مقتضاه أن لا يقطع رجله في المرة الثانية لأن^(١) قطع الرجل وجب بنص آخر ، لا بهذا النص .

وأما قوله بأن القطع ههنا الحاجة إليه أمس - قلنا : هذا غير محبر بدليل أن / سرقة ٢/٨١ ألف دينار يساوى سرقة دينار في حكم القطع .

وأما وجوب القصاص في العمد من الجانبين - فلأن القصاص في الأطراف يعتمد التساوى صورة وقد وجد - أما ههنا بمخلافه .

٩٢ - مسألة : السارق إذا ملك المسروق بعد القضاء ، قبل الاستيفاء ، بالهبة وغيرها من أسباب الملك ، لا يجب القطع استيفاء ، خلافا له .

وأجمعوا على أنه لو للملك قبل الخصومة ، لا يجوز استيفاء القطع . ولو ملكه بعد الخصومة قبل القضاء ، لا يجوز القطع . وله فيه قولان .

والوجه فيه - أن هذه البينة لم تتم موجبة للقضاء بالقطع ، فلا يقطع ، قياسا على ما إذا ملكه قبل القضاء .

وإنما قلنا ذلك - لأن شرط كون البينة موجبة للقطع ، قيام الخصومة عند استيفاء القطع^(٢) ، لأن البينة حجة ضرورية ، خصوصا في القطع ، لأن الدليل ينفي كونها حجة ، لاحتمال الكذب والصدق ، إلا أننا توافقنا على كونها حجة للضرورة ، والضرورة تندفع بجعلها حجة عند قيام الخصومة ، فلا ضرورة إلى جعلها حجة في غير الخصومة .

(١) في الأصل قد تكون : « للان » .

(٢) في الأصل تشبه « الطلع » ولو أولا .

فإن قيل : قولكم : لا ضرورة إلى جعل البينة حجة ههنا ، بطلانه ظاهر ، لأن
الضرورة الجاعلة للبينة حجة هي الحاجة إلى صيانة أموال الناس عن السرقة بطريق
الزجر ، وهذه الضرورة موجودة ههنا .

ولئن سلمنا أن الضرورة عند قيام الخصومة ، لكن في الجملة أم في الحال ؟ م ع -
بيانه - أن شرط كون البينة حجة غير وجود الحجة ، وقد وجدت الخصومة عند البينة ،
فصارت حجة مطلقة ، فلوام الشرط بعده ليس بشرط ، كما إذا زلى بامرأة ثم ملكها
بالتكاح أو بأمة ثم ملكها بالشراء ، لا يمنع استيفاء الحد - كذا هذا .

والدليل على أن الضرورة إلى جعل البينة حجة - هي قبل الاستيفاء ، لا حالة
الاستيفاء / أنه لو قطع إنسان يده قبل القضاء بضمن ، ولو قطعها بعد القضاء لا
يضمن . وكذلك السارق لو رد المسروق إلى المالك بعد القضاء قبل الاستيفاء لا يمنع
الاستيفاء ، ومعلوم أن حق الخصومة كما يتمتع بالملك يتمتع بالرد ، ولأنه ظهر عند القاضي
كونه سارقاً ، فيتناوله النص الموجب للقطع . ١/٨٢

ثم هذا معارض بما روى صفوان بن أمية قال : « كنت نائماً في المسجد على
مخيمته (١) لي بثمن ثلاثين [درهما] فجاء رجل فاختلسها مني ، فأخذ الرجل ، فأق
به إلى النسي عليه السلام ، فأمر به ليقطع فأتيته فقلت : أنقطعه من أجل ثلاثين درهما ! أنا

(١) المخيمية ثوب أسود أو أحمر له أعلام - للمعجم الوسيط .

صفوان بن أمية بن خلف قتل أموه أمية بن خلف بيدر كافرا . وهرب صفوان يوم الفتح ثم رجع
إلى النسي عليه السلام فشهد معه حنيناً والطائف وهو كافر وامرأته مسلمة أسلمت يوم الفتح قبل صفوان
بشهر ثم أسلم صفوان وقرأ على نكاحهما واستعاره رسول الله ﷺ سلاحاً فقال « طوعاً أو كرها »
فقال « بل طوعاً - عابئة مضمونة » فأعاره وأعطاه رسول الله ﷺ من الغنائم يوم حنين فأكثر
فأسلم وأقام بمكة حتى مات . وكان إسلامه بعد الفتح وكان أحد أشراف قريش في الجاهلية وهو أحد
المؤلفة قلوبهم وكان من أفصح قريش لساناً ومات صفوان بمكة سنة ٤٢ هـ في أول خلافة معاوية .
روى عنه ابنه عبد الله وابن أخيه حميد وغيرهما - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

أيحبه وأتسعه^(١) منها . وفي لفظ : قد تجاوزت عنه - قال فهلا كان هذا قبل أن تأتي به «(٢) - رواه النسائي .

الجواب :

قوله - بأن الضرورة هي صيانة أموال الناس بطريق الزجر - قلنا : بلى ، ولكن هذه الضرورة إنما تندفع باستيفاء القطع الذى يحتاج إليه الزجر ، والقاضى يتمكن من استيفاء القطع الذى يحتاج إليه الزجر ، بجعلها حجة عند الاستيفاء ، فلو امتنع حصول الزجر ، إنما يمتنع بفقد الخصومة عند الاستيفاء ، بسبب ملك السارق ، وذلك أمر نادر .

قوله : البينة صارت حجة عند القاضى - قلنا : نعم ، ولكن فى حق المال . أما لا ضرورة إلى جعلها حجة فى حق القطع ، بخلاف ما إذا ملك الزنية ، لأن الخصومة ليست بشرط فى باب الزنا .

وأما إذا قطع إنسان يد السارق بعد القضاء ، قبل الاستيفاء - قلنا : لأن البينة بقيت حجة عنده فى حق نفي الضمان ، لأن الظاهر هو استيفاء القطع ، ومثل هذه اليد لا يكون منتفعا بها من كل وجه ، فلا يكون قطعها موجبا للضمان .

وأما فصل رد المسروق ، فممنوع .

قوله : بأن السرقة ظهرت عند القاضى وثبت كونه سارقا - قلنا : هذا باطل بالسرقة الظاهرة بشهادة الرجال والنساء أو بالشهادة على الشهادة .

(١) نأ الشيء أو الأثر آخره - يقال : نأ الدين واستأنه استمهله وأنشاء التأخير والتسوء تأخير حرمة المهرم إلى صفر أيام الجاهلية .

والنسيئة الدين المؤخر - يقال : باعه بنسيئة أى بتأخير . وربما النسيئة خلاف ربا الفضل وهو البيع إلى أجل معلوم من غير تقابض ولو كان بغير زيادة - للمعجم الوسيط .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١٠٥٩ ص ١٩٤ : وسبل السلام ، ٤ : ١٥٨ ص ١٣٠٦ . ١٣٠٧ -

وأما حديث صفوان بن أمية فمعارض بإطلاق قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة / فاقطعوا - الآية ﴾ (١).

٩٣ - مسألة : السارق من المودع والمستعير والمضارب والمرتهن والمستأجر والغاصب - يقطع بخصومة هؤلاء وخصومة المالك وحده .

والوجه فيه - أن السرقة انعقدت موجبة للقطع في نفسها ، وقد ظهرت عند القاضى ، بحجة شرعية ، فيجب على القاضى استيفاء القطع قياساً على ما إذا ظهرت بخصومة المالك .

وإنما قلنا : إن السرقة انعقدت موجبة للقطع ، لأن الكلام في مثل هذه السرقة . ' وإنما قلنا - إنها ظهرت عند القاضى بحجة شرعية ، لأن الحجة الشرعية شهادة عدلين ، عند خصومة معتبرة ، وقد وجد ، لأن خصومة المودع خصومة معتبرة ، لأن خصومة المالك إنما اعتبرت لحاجته إلى إظهار السرقة ، لإعادة يده على المحل ، تحصيلاً للأغراض المتعلقة باليد .

فإن قيل : بأن السرقة ظهرت عند القاضى بحجة شرعية عند خصومة معتبرة - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأن خصومة المالك إنما اعتبرت لحاجته - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن حاجة المالك إثبات المالك وإعادة اليد لا إظهار السرقة . وهذه الحاجة تندفع بمجرد دعوى الأخذ ، إلا أن الشرع أنابه مناب نفسه في دعوى السرقة ، فلا يجعل غيره نائباً .

ولئن سلمنا أن المالك إنما جعل خصماً في دعوى السرقة ، بطريق الأمانة ، لحاجته - ولكن حاجته إلى إعادة اليد فقط ، أو إليها وإلى استيفاء المنافع المختصة بملك الرقبة ؟ ع م - ولكن هذا المعنى لا يتحقق في المودع ومن يمثل حاله .

(١) المائدة : ٣٨ : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ وفى الأصل « السارق » . وراجع فيما تقدم ص ٢٢٧ ولهامش ٢ منها .

ولئن سلمنا أن المودع جعل خصما في السرقة ، ولكن أصالة أم نياية ؟ ع م . فلم قلم بأن النائب يصلح خصما . وهذا لأن الأبدال لا مدخل لها في باب السرقة ، كما في الشهادة على الشهادة ، وشهادة الرجال مع النساء ، والنياية من باب الإبدال ، فلا تصلح حجة .

الجواب :

قوله : لم قلم بأن المالك جعل خصما بطريق الأصالة لحاجته ؟ - قلنا : لأنه محتاج إليه ، ودعوى السرقة تصلح طريقا له ، فكان مناسبا / .

قوله : يتمكن من دفع هذه الحاجة بدعوى مطلق الأخذ - قلنا : هذا إشارة إلى انتفاء الضرورة إلى دعوى السرقة . وحين لا ندعى الضرورة بل ندعى الحاجة ، ودعوى السرقة طريق ودعوى غيرها طريق ، فله أن يختار أيهما شاء .

قوله : بأن المالك جعل خصما لحاجته إلى استيفاء المنافع المختصة بملك الرقة - قلنا : المنافع حاصله له من نفاذ العتق والهبة والبيع ممن في يده وغيرها ، إنما الحاجة إلى المنافع المختصة باليد ، وللمودع ومن يمثله مع المالك سواء في هذه الحاجة .

قوله : المودع لو كان خصما ، يكون خصما بطريق النياية - قلنا : لا نسلم ، بل هو خصم بطريق الأصالة ، لأنه محتاج إلى إعادة اليد - على ما مر . بخلاف مسألة الشهادة ، فإن ثمة في الحجة قصورا^(١) - أما ههنا بخلافه .

٩٤ - مسألة : قسمة الغنائم في دار الحرب لا يجوز . ولو مات وأجد من الغزاة في دار الحرب لا يورث نصيبه . ولو لحقهم مدد في هذه الحالة يشاركونهم في الغنيمة . وعنده : الكل على العكس .

والوجه فيه - أن هذه قسمة وقعت قبل ثبوت الملك للغائبين - فلا يجوز ، قياسا على القسمة في حال فور الهزيمة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الاستيلاء أمر لا بد منه في ثبوت الملك ، ولم يوجد ههنا . وإنما قلنا إن الاستيلاء لا بد منه - لأن الملك إنما شرع لمصلحة البقاء ، ومصلحة البقاء إنما تحصل بالقدرة على الانتفاع والادخار ، والقدرة على الانتفاع والادخار إنما تكون بالقدرة على دفع الفاصدين^(١) ، وهذه الحالة غير ثابتة في دار الحرب لتوجه المحاربة نحوهم وغلبة الأعداء على أموالهم ظاهرا وغالبا . وإذا انتفت القدرة انتفى الاستيلاء ، فينتفى الملك ، فينتفى جواز القسمة .

فإن قيل : قولكم بأن الملك شرع لمصلحة البقاء - قلنا : شرع لمصلحة البقاء في الجملة أم لا عمالة ؟ م ع - ولا يمكن دعواه لأن الإنسان يملك كثيرا من الأموال ، ولا تقوم به مصلحة البقاء / لا عمالة ، بل في الجملة على تقدير الحاجة ، وإنه موجود ههنا . ٢/٨٣
ولئن سلمنا أن الملك شرع لمصلحة البقاء ، ولكن لم قلّم بأنه لا يحصل ههنا ؟ .
قوله : لأن ذلك يكون^(٢) بالقدرة - قلنا : نعم ، ولكن لم قلّم بأنه لا قدرة ههنا ؟ .

(١) في الأصل تشبه أن تكون كذلك أو « الفاصسين » . والظاهر ما في المتن - انظر ما يلي بعد قليل وقصد له وإليه توجه إليه عامدا وقصد فلانا طعنه فلم يخطيء مقاتله - المعجم الوسيط .
(٢) « يكون » وردت في هامش الأصل والظاهر أنها مشطوبة وإن كان السياق يقر وجودها .

قوله : لأن ذلك يكون بالقدرة على دفع الفاصدين^(١) - قلنا : الشرط قدرة دفع قاصد ظاهر القصد أم قاصد موهوم ؟ م ع - ولا يمكن دعواه لأنه يؤدي إلى سد باب الملك ولكن دفع قاصد ظاهر القصد قد حصل وهنا ، لأن الكلام فيما إذا قتلوههم وهزموههم وغلبوا على أموالهم .

ولئن سلمنا أن ملك الغائبين لم يثبت ، ولكن لم قلّم بأنه لا تجوز القسمة ، ومطلاته ظاهر ، لأن هذا المال لا يخلو : إما أن يكون مباحاً أو تعلق به حق الغزاة : فإن كان مباحاً ، تجوز القسمة ، لأن القسمة حيثئذ تكون إثباتاً للملك لهم بالإجماع . وإن تعلق به حق الغزاة ، فتجوز القسمة أيضاً ، لأن القسمة في الحق تجوز كالشرب والطريق .

ثم هذا معارض بما روى عن النبي ﷺ أنه قسم غنائم خيبر بخير وغنائم أوطاس^(٢) بأوطاس وغنائم بنى المصطلق في ديارهم .

الجواب :

قوله : الملك شرع لمصلحة البقاء في الجملة أم لمصلحة البقاء لا محالة ؟ - قلنا : لمصلحة البقاء ظاهراً وغالباً ، لأن الدليل ينفي ثبوت الملك ، لأن الأصل في الأشياء أن تكون مباحاً ، لقوله تعالى : ﴿ خلق لكم ما في الأرض جميعاً ﴾^(٣) إلا أنا توافقتنا على ثبوت الملك إذا كان وسيلة إلى البقاء ظاهراً وغالباً ، بالنظر إلى ذلك ، وهو صلاحية المال كذلك .

(١) الظاهر أنها كذلك . وقد تكون « الفاصدين » - راجع فيما تقدم الماش ١ وما يلي فقد تكررت كلمات « القصد » و « القاصد » و « الفاصدين » ص ٢٣٤ .

(٢) راجع فيما تقدم الماش ١ ص ١٤٠ .

(٣) البقرة : ٢٩ - ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً .. ﴾ . وفي الماش كلمة « مصلحة » دون الإشارة إلى موضعها من المتن .

قوله : الشرط دفع قاصد ظاهر القصد أم دفع قاصد موهوم القصد ؟ قلنا : الشرط قدرة دفع القاصدين ، وجميع الكفرة قاصدون .

قوله : الكلام فيما إذا قتلوههم وهزموههم - قلنا : لا يمكنهم قتل جميع الكفرة وقهرهم ، وإنما يمكنهم قتل البعض ، فكان القصد / من الباقيين محتملا . ١/٨٤

قوله : بأن المثل إنما يكون مباحا أو تعلق به حق الغزاة - قلنا : الثابت للغزاة حق الملك ، وهذا ليس بأمر قائم بالمثل ، وحق إبتلاك ليس من قبيل ما يقسم ، بخلاف الشرب والطريق ، لأنه حق ثابت في المثل .

ولما الأحاديث - قلنا هذه المواضع كانت دار الحرب ، ولكن صارت دار الإسلام ، لأنه ظهر فيها أحكام الإسلام ، فلا تكون حجة .

٩٥ - مسألة : قال أبو حنيفة وأصحابه : خمس الفينة يقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى ، وسهم للمساكين ، وسهم لأبناء السبيل (١) .

وعند الشافعي يقسم على خمسة أسهم : ثلاثة ما ذكر ، وسهم للرسول يصرف إلى نائبه وهو الخليفة ، وسهم لقراءة الرسول ﷺ (٢) .

ولقب المسألة - أن سهم ذوى القربى ساقط عندهم ، وعنده ثابت .

والخلاف في العلة للاستحقاق - عنده بعلة القرابة ، وعندهم بعلة الفقر كسائر الفقراء . فصار حاصل الخلاف أن الفنى الماشى هل يستحق هذا السهم ؟ عندهم لا يستحق ، وعنده يستحق .

والوجه فيه - أن الخمس حق الله تعالى ، فلا يصرف إلى الفنى .

(١) وكذا قال السمرقندي في التحفة ، ٣ : ٥٢٠ - ٥٢١ ، وكذا منه ج ١ ، ص ١٦٣ وما بعدها .

(٢) انظر الهامش السابق .

وإنما قلنا : إن الخمس حق الله تعالى - لقوله تعالى : ﴿ قل الأنفال لله ﴾ (١) وقوله : ﴿ واعلموا أنما غنم من شيء فأن لله خمسة ﴾ (٢) وإذا كان لله فلا يصرف إلى الغني ، لأن المقصود من هذا الاستحقاق دفع حاجة العبد ، لأن الله مستغن عن الأموال والحاجات ، وإنما أضافه إلى نفسه لحاجة العباد ، والاحتياج هو الفقير دون الغني ، فلو صرفناه إلى الغني لكان فيه صرف الحق إلى غير المستحق ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل : قولكم بأن الخمس حق الله لقوله تعالى : ﴿ فأن لله خمسة ﴾ - قلنا : هذه إضافة الملك والاستحقاق أم إضافة التبرك والاحترام ؟ / ع م - ويانه أنه لو كان إضافة الملك والاستحقاق لكان ينبغي أن تقسم الغنائم على ستة أسهم ، ولم تقسم - فكان المراد ما ذكرنا .

ولئن سلمنا أنه إضافة الاستحقاق ، ولكنه يقتضي أن يكون كل الخمس لله أو بعضه ؟ ع م - وهذا لأنه أضافه إلى نفسه وإلى الأصناف الخمسة ، فهذا يقتضي أن يكون سدس الخمس لله ، فلا يمنع ما وراء أن يصرف إلى الغني .

ثم ما ذكرتموه معارض بالكتاب والسنة والمقول :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنم من شيء فأن لله خمسة وللرسول ولذی القری ﴾ (٣) - أثبت لذوی القری مطلقا من غير فصل .

وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « يا معشر بنی هاشم - الحديث » ذكرهم مطلقا (٤) .

(١) الأنفال : ١ - ﴿ يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول .. ﴾ .

(٢ - ٣) الأنفال : ٤١ - ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسة وللرسول ولذی القری والیتامى والمساكين وابن السبیل إن كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا علی عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله علی كل شيء قدير ﴾ وانظر : الكاساني ، البائع ، ٧ : ١٢٤ : ص ٧ من أسفل .

(٤) في بلوغ المرام ، رقم ٥٢١ ص ٩١ : « وعن عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الصدقة لا تبغى لآل محمد ، إنما هي أساخ الناس » وفي رواية : « وإنما لا تحمل لحمد ولا لآل محمد » رواه مسلم . وسبل السلام ، ٢ : رقم ٦٠٤ - ٦٠٦ ، ص ٦٣٧ - ٦٤١ . والسميرقندي ، التحفة ، ١ : ٤٦٨ - ٤٦٩ ، وابن قدامة : المغني ، ٦٥٥ - ٦٥٩ : ج ٢ .

وأما المعقول - وهو أن استحقاق الفقير الهاشمي كان لجهة قرابة النبي ﷺ (١) ، لأنها سبب الكرامة ، وإنه موجود ههنا هـ .

الجواب :

قوله : لم قلم بأن هذه الإضافة للاستحقاق - قلنا : لأن اللفظ موضوع له ، والمحل قابل .

قوله : الخمس يقسم على خمسة لا على ستة - قلنا : إنما يقسم على خمسة ، لأن السهم الذي هو حق الله في الابتداء يصير حقا لهؤلاء ، بعله الفقر والحاجة .

قوله : هذا يقتضي أن يكون كل الخمس لله أو بعضه . قلنا : عنه جوابان : أحدهما - يقتضي كل الخمس لله ، إلا أنه يثبت لهؤلاء من الله . والثاني - إن كان يقتضي كون بعضه لله ، ولكن هذا يقتضي أن لا يجوز صرف بعض الخمس إلى الغني الهاشمي . وعندكم يجوز كله إليه .

وأما الآية - قلنا : خص منه البعض ، فإن النبي ﷺ ما أعطى أباه بكر وعثمان وجبير بن مطعم (٢) وهم كانوا قرشيين .

فنحن نخص الأعيان ، لما مر - وهو الجواب عن الحديث . على أن الحديث يقتضي أن الاستحقاق بعله الفقر ، لأنه يقتضي أنه حق الله .

(١ - ٢٠) في بلوغ المرام ، رقم ٥٢٢ ص ٩١ : « وعن جبير بن مطعم رضى الله عنه قال : مشيت أنا وعثمان بن عفان إلى النبي ﷺ فقلنا : يا رسول الله : أعطيت بنى المطلب من خمس خمير وتركنا ونحن وهم بمنزلة واحدة ، فقال رسول الله ﷺ : إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيء واحد » رواه البخاري . وسبل السلام ، ٢ : رقم ٦٠٥ ص ٦٣٨ - ٦٣٩ وفيه : « وأعلم أن بنى المطلب هم أولاد المطلب بن عبد مناف وجبير بن مطعم من أولاد نوزل بن عبد مناف وعثمان من أولاد عبد شمس بن عبد مناف - فبنو المطلب وبنو عبد شمس وبنو نوزل أولاد عم في درجة واحدة فلذا قال عثمان وجبير بن مطعم للنبي ﷺ : إنهم وبنو المطلب بمنزلة واحدة لأن الكل أبناء عم » . وفيه أيضا : « الحديث دليل على أن بنى المطلب يشاركون بنى هاشم في سهم ذوى القربى ، وتحريم الزكاة أيضا دون من عداهم وإن كانوا في النسب سواء ... » .

وأما الاستدلال - قلنا : القرابة سبب لاستحقاق الكرامة .

أما لم / قلم بأنه سبب لاستحقاق هذه الكرامة - فلا تلتزم (١) . يحتمل أن السبب ١/٨٥
مجموع الفقر والقرابة ، فلا يكون أحدهما بانفراده سببا .

٩٦ - مسألة : الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدار الحرب ،
ملكوها .

والوجه فيه - أن الاستيلاء من الكفار على مال المسلم بعد الإحراز بدار الحرب ،
استيلاء على مال مباح بإباحة ثابتة بأصل الخلق ، فوجب أن يفيد الملك ، قياسا على
استيلاء المسلم على مال الكافر .

وإنما قلنا ذلك لأن الأصل في الأموال هو (٢) الإباحة ، إلا أن الشرع أثبت العصمة
في الأموال المملوكة ، متمما للمصلحة المطلوبة من الملك ، وهو الانتفاع ودفع الحاجة ،
والعصمة بعد الإحراز بدار الحرب لم تكن متممة لهذه المصلحة ، لتعذر الوصول إلى
الغرض غالبا ، فتعود الإباحة الأصلية ، فيفيد الملك للحاجة .

فإن قيل : قولكم بأن استيلاء الكافر استيلاء على مال مباح - قلنا : استيلاء مباح
أو محظور ؟ ع م - فلم قلم بأن الاستيلاء المحظور سبب الملك ؟ .

ولئن سلمنا أنه استيلاء مباح ، ولكن لم قلم بأنه على مال مباح ، بل هو مال
معصوم في دار الإسلام بالإجماع ، والاستيلاء ورد عليه ؟ .

قوله : تعذر (٣) الوصول إليه - قلنا : قولا أم فعلا ؟ ع م - فلم قلم بأن هذا
القدر لا يكفي للعصمة ؟ .

(١) في الأصل : « ولأنه » .

(٢) « هو » وردت في الماش مع علامة نقص على موضعها هذا .

(٣) في الأصل كنا : « تعد » وفيما بعد قال : « تعذر » .

ولكن سلمنا أنه عادت الإباحة ، ولكن لم قلم بأنه يملكه الكافر ؟ .

قوله : بأنه يحتاج إليه لمصالح البقاء - قلنا : الملك شرع لمصلحة البقاء في حق من هو جائز الإبقاء أم في حق من هو واجب الإبقاء (٢) ؟ م ع - ولكن الكافر واجب الإبقاء (٢) فلا يثبت في حقه ، لأن الظاهر من حال الكافر أنه لا يجزى على موجب التكليف ، فلا يقتضى الملك في حقه ، بخلاف المسلم ، إلا أننا عدلنا عن هذه القضية فيما سواه من أموالهم بالإجماع .

الجواب :

قوله : بأن هذا الاستيلاء مباح أو محظور ؟ قلنا : مباح في نفسه لكونه سببا لإقامة المصالح ، إلا أنه / محظور لغيره لما ذكرنا . وكونه محظورا لغيره لا يمنع كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء . ٢/٨٥

قوله : لم قلم بأن هذا استيلاء على مال مباح ؟ قلنا : لما ذكرنا أن الأصل في الأموال هو الإباحة .

قوله : تملر الوصول إليها قولا أم فعلا [أم] قولا وفعلا - أما فعلا فظاهر . وأما قولا فلائن التصرفات القولية تحتاج إلى التسليم ، وهو لا يقدر عليه .

وأما الإعتاق - [ف] لأن غرضه هو الثواب ، وذلك بالمشقة والحاجة والقدرة على الانتفاع ولم يوجد .

قوله (٢) : الملك يثبت في حق من هو واجب الإبقاء أو واجب البقاء - قلنا : مطلقاً لما ذكرنا .

(٢ و ١) كنا في الأصل ، « الإبقاء » - وفي مختار الصحاح والمجموع الوسيط : قنا الغنم وغيرها إذا اقتناها لنفسه لا للتجارة واقتناء المال وغیره اتفاده واقتناه الله أى أعطاه ما يقتنى من القنية والشئب . ويقال : أغناه الله واقتناه أى أعطاه ما يسكن إليه . وفي القرآن الكريم : ﴿ وأنه هو أغنى وأغنى ﴾ - النجم : ٤٨ أى أغنى من شاء وأفقر من شاء - قال الأخفش وابن كيسان : أغنى أفقر . وقبل معنى أغنى أعطى القنية وهى ما يتأثل من الأموال وقيل معنى أغنى أرضى بما أعطى - راجع : الشوكاني ، فتح القدير ، ٥ : ١١٦ - ١١٧ . (٣) لعلها : « وقوله » .

قوله : الكافر واجب الإقناء - قلنا : لا نسلم ، بل الإثم مخير بين القتل والإقناء ، وإن كان واجب الإقناء ، ولكن لغوي ، وهو دفع الشر لا لعينه ، فلا يبقى كونه أهلاً للملك .

قوله : الظاهر من حال الكافر أنه لا يجري على موجب التكليف - قلنا : لا يثبت الملك لتحقق الجبري على موجب التكليف ، بل التمكن من ذلك ، وإنه ثابت ههنا كما في حق العاصي الفاسق .

٩٧ - مسألة : الحرى إذا أسلم في دار الحرب ولم يحاجر إلينا ، فقتله مسلم أو ذمى ، لا يجب عليه الدية .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ (١) - الله تعالى ميز بين المؤمن المطلق وبين المؤمن الذى من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل ، لأنه أوجب في المؤمن المطلق الدية والكفارة جميعاً ، وفي المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا الكفارة دون الدية ، فعلم أنه ميز بينهما في حكم القتل . وإثماً يقع التمييز بينهما أن لو كان الواجب بقتل المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا الكفارة دون الدية . فإن قيل : لا نسلم بأن المراد بالمؤمن الذى هو من قوم عدو لنا المذكور في الآية ما تنازعنا فيه .

ولكن سلمنا أن الآية تناولته ، ولكن لم قلم بأن المقصود التمييز بينهما في حق هذا القتل ، / بل المقصود التمييز بينهما في حكم القتل العمد ، فإنه يوجب الكفارة دون الدية .

(١) راجع الماشى ٢ ص ١٩١ - النساء : ٩٢ وهى و ٩٣ : ﴿ وما كان للمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم يتحكم وينهب ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً ﴾ .

(طريقة الخلاص في الفقه - م ١٦)

ولكن سلمنا أن المقصود التمييز ، ولكن في جميع الأحوال أم في بعضها ؟ ع م .
وعندنا تجب الكفارة دون الدية في حالة واحدة ، وهو ما إذا رمى^(١) إلى الكافر في
حالة القتل فأصاب هذا المؤمن ولا كلام فيه .

ولكن سلمنا أن النص ينفي الدية ولكن يجوز إثباتها بالحديث ، وهو قوله عليه
السلام : « في النفس الدية مائة من الإبل »^(٢) .

الجواب :

قوله : لم قلم بأن المراد من النص هذا المؤمن ؟ - قلنا : نقل عن أئمة التفسير أنهم
قالوا : المراد منه هذا المؤمن .

قوله : لم قلم بأن المقصود من الآية التمييز بينهما في حق هذا القتل - قلنا : المقصود
التمييز في القتل الواقع بصفة الخطأ ، لأن المذكور في صدر الآية هو القتل الخطأ ،
فيكون هذا منصرفاً إليه .

قوله : المراد التمييز في جميع الأحوال أم في بعضها ؟ قلنا : في مطلق الأحوال ، لأن
النص مطلق .

وأما الحديث - قلنا : سيق ليان حكم الدية حيث تجب ، لا للإيجاب ، وإن كان
للإيجاب لكنه عام يتناول كل مؤمن ، وما ذكرنا خاص ، والخاص يقتضي على العام .

٩٨ — مسألة : العبد الآبق إلى دار الحرب إذا أخذه الكفار لا يملكونه .

والوجه فيه - أنه لم يوجد الاستيلاء على العبد ، فلا يملك .

(١) رمى الشيء به رماة ألقاه وقذفه ورمى الصيد رَمْياً ورمية أطلق عليه ما يصيده به -
للمعجم الوسيط .

(٢) من حديث طويل رقم ١٠٠٦ ص ١٨٢ - ١٨٣ من بلوغ المرام في القتل العمد .
وفي الخطأ رقم ١٠٠٧ ص ١٨٣ . وباب الديات عموماً فيه أرقام ١٠٠٦ - ١٠١٦ ص ١٨٢
- ١٨٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١١٠٢ حتى ١١١٣ ص ١٢٠٥ - ١٢٢١ .

وإنما قلنا ذلك - لأن العبد بالإباق صار بحالة يقدر على التصرف في نفسه وصرف منافعها إلى مصلحته ، لانقطاع قدرة المولى عنه ، لأن الأصل أن يكون المكلف بسبيل من صرف المنافع في مصلحة نفسه ، إلا أنه امتنع لقيام يد المولى . فإذا زال المانع ^(١) عاد إلى الأصل . وإذا صار العبد قادرا على نفسه لا تثبت القدرة للغير عليه ، كما في الحر .

فإن قيل : قولكم بأنه لم يوجد الاستيلاء - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه متى دخل دار/ الحرب . وأخذ الكفار صاروا غاليين عليه ، بحيث يمكنهم تنفيذ أمرهم ونهيهم فيه . وبهذا القدر يثبت ملك المسلم فيه ، فيثبت ملك الكافر .
ولئن سلمنا أنه لم يوجد الاستيلاء - لكن لم نعلم بأنه لا يملك ؟ .
قوله : بأن العبد بالإباق صار قادرا على نفسه - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه زال المانع ، وهو قيام يد المولى - قلنا : لا نسلم بأن المانع قيام يد المولى ، بل المانع قيام حق المولى في الملك لا يده ، بدليل أن العبد الآبق المتروك ^(٢) في دار الإسلام يملك بالاستيلاء ، ولئن زالت يد المولى ، فكذلك يتحقق الغصب فيه ، فلعلم أن المانع قيام ملك المولى .

ولئن سلمنا أنه زالت يد المولى ، ولكن إلى خلف ، وهو يد أهل الحرب ، فلا يظهر يد للعبد الآبق على نفسه ، فلا يمنع الاستيلاء والتملك .

ولئن سلمنا أنه ظهرت يد العبد على نفسه ، ولكن نيابة عن ^(٣) المولى لا أصالة ، فلم تكن مانعة يد المولى كاللودع .

(١) في الأصل : « المنافع » . وسياق في الجواب : « المانع وهو قيام يد المولى ... » .

(٢) تردد رجع مرة بعد أخرى وتردد إلى مجالس العلم اختلف إليها - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل « عل » . وفي المعجم الوسيط : ناب عنه نيابة قام مقامه فهو نائب .

وسياق في الجواب : « .. ظهرت نيابة عن يد المولى » .

الجواب :

قوله : لم قلم بأنه لم يوجد الاستيلاء ؟ قلنا : لما ذكرنا أن العبد صار قادراً على نفسه كالحر ، فلا يستولى عليه ، واستيلاؤهم لم يكن عن إذن الشارع ، فلا يعتبر ، بخلاف المسلم إذا استولى على عبيدهم .

قوله : بأن المانع ليس يد المولى بل المانع ملك المولى - قلنا : هذا باطل ، لأن ملك المولى لا يثبت إلا بالاستيلاء عليه - على ما مر . واستيلاء المولى عليه لا يتحقق إلا بعد سقوط اعتبار يد العبد ، بخلاف المتردد^(١) في دار الإسلام ، فإنه في يد مولاه ، لأن اليد عبارة عن الانتداب على المحل ، تصرفاً ، وإنه قائم بواسطة الطلب والاستعانة بأهل الدار ، وإنما يتحقق الغصب في دار الإسلام لأن الشرع أقام تفويت حقيقة اليد والانتفاع في الحال مقام تفويت اليد مطلقاً في حق الضمان صيانة للأموال وزجراً للسفهاء عنه .

١/٨٧

قوله : زالت يد المولى إلى خلف ، وهو قيام يد الكفار - قلنا عنه جوابان : / .

أحدهما - أن بين دار الإسلام ودار الحرب فاصل ، لأن بينهما موضعاً لا يجري فيه حكم دار الإسلام ولا دار الحرب ، فظهر فيه يد العبد على نفسه .

والثاني - أن العبد إذا انفصل عن دار الإسلام ظهرت يده على نفسه أو يد غيره ، ويده أولى من يد غيره ، لأنه بقاء وذاك ابتداء .

قوله : يد العبد على نفسه ظهرت نيابة عن يد المولى - قلنا : لا ، بل أصالة ، لأنه غالب والظاهر أنه لا يعود ، بخلاف المأذون والمودع - على ما مر .

٩٩ - مسألة : الفأزى إذا جاوز الدرب^(٢) فأرساً ، فنفتت فرسه وقاتل راجلاً ، يستحق سهم الفرسان . ولو كان على المكس فعلى المكس .

(١) راجع فيما تقدم الفاش ٢ ص ٢٤٣ .

(٢) الدرب للمضيقي في الجبال والمدخل الضيق وكل مدخل إلى بلاد الروم وكل طريق يؤدى إلى ظاهر البلد وهاب السكة الواسع - وأدرب في الغزو جاوز الدرب إلى العدو - للمعجم الوسيط .

والوجه فيه - أن سبب استحقاق الغنائم وجد ، وهو فارس ، فيستحق سهم الفرسان ، قياسا على ما إذا قاتل فارسا .

وإنما قلنا ذلك - لأن سبب الاستحقاق مجاوزة الدرب ، لأن السبب في الحقيقة هو القتال والاستيلاء ، إلا أن الإمام لا يمكنه الوقوف على حقيقة القتال في تلك الحالة ، فلا يمكن تعليق الحكم بالحقيقة ، فتعلق بالسبب ، ومجاوزة الدرب سبب ظاهر دال على القتال ، لأن الكلام فيما إذا جاوز متيها للقتال .
فإن قيل بأن الإمام لا يمكنه الوقوف على حقيقة القتال - قلنا : لا نسلم ، بل يقف عليه بإخبار الغير .

دل عليه - أنه لو جاوز الدرب رجلا ، ثم اشترى فرسا ، وقتل فارسا يستحق سهم الفرسان بالإجماع ، فلو تعلق الحكم بالسبب وهو مجاوزة الدرب ، لاستحق^(١) سهم الرجالة .

ولكن سلمنا أنه تعذر تعليق الحكم بالحقيقة ، فلم قلتم بأن مجاوزة الدرب سبب ظاهر ، بل محتمل ، لأنه يجاوز الدرب للحرب ويجاوز [هـ] للتجارة ، وإن كان مستصحباً للأسلحة لخوف اللصوص .

ولكن سلمنا أنه سبب ظاهر^(٢) ، ولكن إنما يقام مقامه إذا كان متصورا ، ولا يتصور ، لأن وجود القتال بدون / شهود الواقعة^(٣) والتقاء الصفين محال ، فلا تقام ٢/٨٧ المجاوزة مقامه .

ولكن سلمنا أنه أمكن تعليق الحكم به ، ولكن إنما تعلق به إذا لم يكن ههنا سبب آخر ، وقد وجد سبب آخر أقرب ، وهو شهود الواقعة فكان أولى ، وصار كما إذا جاوز

(١) كذا - في الظاهر - صحة العبارة . وقد تكون في الأصل : « لا يستحق » .

(٢) في الأصل : « ظاهر » .

(٣) رَفَعَ بالمدو وَقَعَا ووقعة بالغ في قتالهم - ومواقع القتال مواضعه . والواقعة اسم من الواقعة بالحرب - للمعجم الوسيط .

الدرب فارسا ثم باع فرسه وشهد الوقعة راجلا : يستحق سهم الرجاله - كذا هذا .

الجواب :

قولكم : قلم بأن الإمام لا يمكنه الوقوف - قلنا : لأنه لو وقف عليه إما أن يقف بنفسه أو بتأليه . لا وجه للأول - لأنه مشغول بأمر المباشرة والمخارية . ولا وجه للثاني - لأن الخبر قد يتم في إختياره .

وأما المسألة - قلنا : في ظاهر الرواية ، يستحق سهم الرجاله .

ولئن سلمنا ذلك فلائنه إما يستحق سهم الفرسان إذا علم حقيقة أنه قاتل فارسا .

قوله : لم قلم بأن مجاوزة الدرب سبب ظاهر - قلنا : لأن الكلام فيما إذا وجد [ت] القرائن الدالة على القصد ، فيوجد القتال ظاهرا وغالبا .

قوله : إما يقام مقامه إذا كان متصورا ولا يوجد القتال بدون شهود الوقعة - قلنا :

نعم : وشروط إقامة السبب مقام الحكم عدم ثبوته حقيقة - على ما عرف .

قوله : بأن ههنا سبب آخر أقرب من المجاوزة ، وهو شهود الوقعة - قلنا : عنه

جوابان .

أحدهما - أنه لا يمكن أيضا تعليق الحكم به ، لأنه حال التقاء الصفيين والاشتغال

بالحرب^(١) .

والثاني - أنه لا تنافي بينهما ، فعلق الحكم بهما جميعا ، لأن كل واحد منهما دليل .

وأما المسألة - فممنوعة . ولئن سلمنا ، فلائنه لما باع الفرس ، علم أنه جاوز الدرب

تاجرا هـ .

(١) « بالحرب » كلمة غير ظاهرة في المتن فهي هكذا « كحرب » .

١٠٠ - مسألة : المرتدة لا يباح قتلها .

والوجه فيه - أن كفر المرتدة لا يساوي كفر المرتد ، في كونه جنابة وقيحاً ، فلا يساويه في استحقاق القتل ، قياساً على الكافرة الأصلية .

وإنما قلنا ذلك - لأن كفر المرتد جنابة من حيث إنه إنكار الصانع وإحباط العمل ، ومن حيث إنه يؤدي الشر إلى ^(١) المسلمين ، ويوجه / الحرب نحوهم لقيام الداعي والقدرة ، ولا كذلك المرتدة لانتهاء القدرة غالباً ، فلا يفضى كفرها إلى الحراب ^(٢) ، فلا يباح قتلها .

فإن قيل : قولكم بأن كفر المرتد يفضى إلى الحراب وكفرها لا يفضى - قلنا : الموجب لقبح الكفر ذاته ، لمعنى فيه - وكونه مفضياً إلى الحراب يتعلق بإختيار الفاعل ، فلا يوجب القبح في ذاته ، وفيما ذكرناه يستوى الرجل والمرأة .

ولئن سلمنا أن الحراب يؤثر في قبحه ، ولكن [هل] الشرط كونه مفضياً إلى الحراب من جهته لا محالة أم في الجملة بأن توجه الشر ^(٣) بواسطة إقامة مصالح الرجال ؟ ع م - ولكنها تنهى أسباب قتالهم ، فقتل ، كالحرية إذا كانت ذات رأى أو جاه .

ولئن سلمنا أن الشرط كونه مفضياً إلى الحراب منه ، ولكن غالباً أم محتملاً ؟ ع م - وهذا لأن احتمال الحرب منها قائم للآلات السليمة وإن كان قليل الوقوع ، ولكنه يكتفى لوجوب القتل ، كما قلنا في الأسر .

ولئن سلمنا أن كفرها لا يساوي كفره ، ولكن لم لا يحل قتلها ؟ وبطلانه ظاهر ، لأن القبح هو نفس الكفر ، وفيه يستوى الرجل والمرأة ، ولأنها ارتدت بعد ما اطلعت

(١) في الأصل كنا : « يؤدي إلى الشر إلى المسلمين » . وفي المعجم الوسيط : أدى الشيء قام به وأدى الصلاة قام بها لوقتها وأدى الشهادة أدل بها وأدى إليه الشيء أوصله إليه .

(٢) حاربه محاربة وجربا : قتله - المعجم الوسيط .

(٣) كنا : « الشر » - راجع الهامش قبل السابق .

على محاسن الإسلام ، فيكون كفرها أقبح من كفر الحرية ، ولكن كفرها سبب لكفر أولادها ، فصار أقبح .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « من بدل دينه فاقتلوه »^(١) .

الجواب :

قوله : الموجب لقبح الكفر ذاته ، لا كونه مفضيا إلى الحراب - قلنا : بلى ، ولكن كونه بحال إذا وجد يوجد هذا الحراب ، ظاهرا وغالبا ، يؤثر في زيادة القبح .

قوله : المؤثر [كونه] مفضيا في الحال أم في الجملة ؟ - قلنا : كفر المرأة لا يفضى إلى الحراب ظاهرا ، لا من جهتها ولا من جهة غيرها : أما من جهتها فلضعفها . وأما من جهة غيرها فلأن الظاهر أن الرجال لا يتبعون النساء في الحروب ولا يطيعونهن ، حتى لو كانت ذات جاه وتبع^(٢) تقتل .

٢/٨٨ قوله : الشرط كونه مفضيا غالبا أم محتملا ؟ - قلنا : غالبا / نظرا إلى دليله ، وهو الكفر وقصد اللقوق والبنية^(٣) الصالحة . وقد وجد [ت] ، هذه الأوصاف في الأسير دون المرأة .

قوله : لا يحل قتلها ، وإن لم يكن مفضيا - قلنا : لأن الدليل يقتضى حرمة القتل ، إلا^(٤) لما ذكرنا .

وأما قوله : اطلعت على محاسن الإسلام - قلنا : إنما تطلع إذا خالطت الرجال ، والظاهر أنها لا تخالط الرجال .

(١) عن ابن عباس - بلوغ المرام ، رقم ١٠٢٩ ، ص ١٨٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١١٢٦ ص ١٢٤٠ - ١٢٤١ .

(٢) التبع التابع . وهو تبع نساء إذا أكثر من تتبعهن والجمع أتباع . والتبع التابع للواحد والجمع . والجمع أتباع - المعجم الوسيط .

(٣) كلمة غير منقولة . ولعلها كذلك بعد تقطعها من عندنا .

(٤) « إلا » غير ظاهرة .

وأما كفر أولادها - قلنا : هذا مجرد وهم ، وليس كل قبح مؤثراً في استحقاق القتل ، بل ما اعتبره الشرع موجبا .
وأما الحديث - قلنا : لا يمكن العمل بعمومه ، لأن اليهودي إذا تنصر والنصراني إذا تمود ، لا يقتل مع تبديل الدين ، فنحمله على الرجال ، عملاً بقدر الإمكان .
والله أعلم .

١٠١ - مسألة : الجزية تسقط بالموت والإسلام .

والوجه فيه - أن الجزية مال اختص وجوبه بوصف كونه دافعاً للشر عن الذمي ، وبعد الموت والإسلام لا يمكن استيفائه بهذا الوصف ، فوجب أن يسقط .
وإنما قلنا ذلك - لأن الجزية تصلح دافعة للشر عن الذمي ، والذمي يحتاج إلى دفع الشر عن نفسه ، والشرع قد ورد به . هذا المعنى منتف بعد الموت والإسلام ، فسقط ، لأن الدليل ينفي ذلك ، لكونه إضراراً ، إلا أنا خالفناه فيما كان دافعاً للشر عنه .
فإن قيل : قولكم بأنه وجب دافعاً للشر - قلنا : لا نسلم بأنه توجه الشر نحوهم .
ولئن سلمنا أنه توجه الشر نحوهم ، ولكن المسلمين يدفعونه ، فيندفع عنهم .
ولئن سلمنا أن المسلمين لا يدفعونه ، ولكنهم يقدرّون على دفعه بأنفسهم بواسطة القتال ، دون بذل المال أو بالاستعانة .

والدليل على أن الجزية لم تجب لما ذكرتم - أن الجزية تختلف باليسار والإعسار مع [أن] حاجة الكل إلى دفع الشر واحدة ، ولأن الإمام إذا استعان بأهل الذمة سنة في القتال لا يسقط / عنهم الجزية ، ولو وجبت لما ذكرتم لسقطت ، فعلم أنها لم تجب لما ذكرتم ، بل بعقد الذمة أو بدلا عن سكنى دار الإسلام ، فتصير ديناً في الذمة ، فلا تسقط ، كمآثر الديون .

ولئن وجبت لما ذكرتم ، ولكن حصل غرضهم فيما مضى ، فتحب في ذمتهم .

ولئن سلمنا أنها سقطت ، ولكن لم قلتم بأنه لا يجب الضمان ، وظاهر أنه يجب ،
لأنه منع الحق في أول السنة ، فصار كما إذا أتلّف الجزية .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأنه توجه الشر نحوهم ؟ - قلنا : لأن الأمانة قامت عليه ، وهى وجود
الداعى والقدرة ، بسبب معاداة الدين .

قوله : المسلمون يدفعونه - قلنا : الظاهر أن أهل الإسلام لا يذبون^(١) عنهم بدون
الإعانة .

قوله : بأنه يدفعون عن أنفسهم - قلنا : لا يمكنهم لقلة عددهم وعدمهم^(٢) ،
وعجزهم إنما يختلف باليسار والإعسار ، لاختلاف المكنة^(٣) .

وأما قوله بأن الإمام لو استعان بهم لا تسقط الجزية - قلنا : ليس للإمام ذلك ، ولو
فعل لا يتنى عليه حكم ، لأنه بخلاف الشرع ، ولم يجب بالسكنى ، لأن [هـ]
يسكن ملك نفسه بالشرء ، فلا يجب عليه بدله .

قوله : حصل غرضهم فيما مضى - قلنا : الوجه في أخذ الجزية ليس أنه وجب
عوضا عن الدفع الحاصل من المسلمين ، بل وجب لينفقها المسلمون على أنفسهم
ويشترون بها الدواب والأسلحة ويقاتلون بها الكفار الحريين ، فيدفعون الشر عن أهل
الذمة ، وهذا لا يتصور في الماضى .

قوله : لم لا يجب الضمان - قلنا : لأن الضمان إنما يجب بعد وجوب الأجل ، وقد
بيننا أنه لم يجب ، فلا يجب الضمان .

(١) ذب عنه : دفع عنه ومنع - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل كذا : « وعددهم » .

(٣) المكنة : القدرة والاستطاعة والقوة والشدة - المعجم الوسيط .

١٠٢ — مسألة : أمان العبد المحجور عن القتال لا يصح ، خلافاً له .

والوجه فيه — أن أمان^(١) العبد تصرف في ملك المولى ، على وجه لا يعرى عن الضرر به ، فوجب أن لا يصح إلا برضاه ، قياساً / على ما إذا تصرف في ماله بغير إذنه .

وإنما قلنا ذلك — لأن المولى قبل القتال كان متمكناً من الانتفاع بعبده ، باستعماله في القتال ، ليحصل له ملك الغنائم ودفع شر الكفار ، وبصحة الأمان يحرم عليه القتال والاستغنام .

فإن قيل : قولكم بأن أمان العبد تصرف في ملك المولى على وجه لا يعرى عن الضرر به — قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن فيه منع المولى عن الانتفاع بملكه — قلنا : لا نسلم . وبطلان ظاهر ، لأنه إما يكون ممنوعاً عن الانتفاع به ، أن لو كان بحال يتمكن من الانتفاع لولا الأمان ، ولا يتمكن ، لأن الكلام في حال ظهور قوة الكفر وعجز المسلمين وضعفهم .

ولئن سلمنا أن المنع من الانتفاع إضرار بالمولى ، ولكن متى لا يجوز : إذا قابله نفع يوازيه أم إذا لم يقابله ؟ ع م ، وقد قابله نفع ، وهو دفع شر الكفار عن المولى .

ولئن سلمنا أنه ضرر ، ولكن حصل ضمناً لا قصداً ، فلا يجب دفعه .

ولئن سلمنا أنه تصرف في ملك المولى ، ولكن إذا ظهر أنه مصلحة وجب أن يصح ، كالعبد المحجور إذا قاتل بصح قتاله ، حتى يستحق الغنيمة بالإجماع .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « المؤمنون تكافأ دماؤهم وسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم »^(٢) .

(١) في الأصل كذا : « أما » بدون النون — انظر العارة السابقة واللاحقة .

(٢) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٩٩٥ ، ص ١٨٠ . وسبل السلام ، رقم ١٠٩٠ ص ١١٨٨ - ١١٩٠ ، من الجزء الثالث .

الجواب :

قوله : إنما يكون منعاً من الانتفاع إذا كان المولى قادراً على الانتفاع - قلنا :
الجواب^(١) عنه من وجهين .

أحدهما - أن القدرة كانت ثابتة ، فلا تزول بالشك والاحتال .

والثاني - أن القدرة في ثلثي الحال قائمة [ح] ، فكان الأمان سد باب الانتفاع
بملكه ، على تقدير القدرة ، وإنه ضرر .

قوله : قابله نفع وهو دفع شر الكفار عن المولى - قلنا : عنه جوابان : أحدهما -
أنه محتمل واجتهاد العبد مغلوب باجتهاد غيره . والثاني - إن كان فيه مصلحة ، ولكن
يمكن تحصيله بدون هذا الضرر ، بأن يقدم المولى عليه .

١/٩ . قوله : حصل قصدا أم ضمنا ؟ - قلنا : حصل قصدا لأنه أثر / أثر ملازم للأمان .

قوله : إذا ظهر أنه مصلحة وجب أن يصح - قلنا : لما حكمنا بطلانه ، لا يترتب
عليه الحكم ، بخلاف القتال ، لأن فيه نفعاً ، فيحكم بصحته ، تحصيلاً للنفع .

وأما الحديث - قلنا : المراد من قوله : « أدناهم » أي أقربهم ، من الدنو ، لا من
الدناوة ، لأنه قال في مقابلته أقصاهم أي أبعدهم^(٢) .

والله أعلم .

(١) في الأصل كنا : « الا اب » - انظر ما على بعد سطور حيث يقول : « .. عنه
جوابان » .

(٢) في الحديث - كما تقدم - « وهم يد على من سواهم » : « أي هم مجتمعون على
أعدائهم لا يحل لهم التخاذل بل يعين بعضهم بعضاً على جميع من عاداهم من أهل الملل كأنه جعل
أبليسهم يدا واحدة وفعلهم فعلاً واحداً » سبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٠ ص ١١٩٠ .

١٠٣ — مسألة : إسلام الصبي العقل يصح .

والمراد بالصحة ترتيب أحكام الإسلام عليه ، نحو الإرث من أقاربه المسلمين والحرمات من أقاربه المشركين وحرمة النكاح وحله وعصمة الأموال وغيرها .

والوجه فيه - أن الإسلام وجد منه حقيقة ، فيجب القضاء بترتيب أحكامه عليه ، قياسا على إسلام البالغ .

وإنما قلنا ذلك - لأن الإسلام هو الإقرار بوحداية الله تعالى وصفاته ورسالاته والاعتقاد بالقلب . إلا أن الاعتقاد أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه إلا بدليل ، وقد وجد الدليل ، وهو الإقرار باللسان عن عاقل طائع ، لأن الكلام فيه .

فإن قيل : قولكم بأن الإسلام هو الإقرار - قلنا : نعم ، ولكن بصفة كونه استسلاما وانقيادا للشرع ، لأن الإسلام في اللغة بمعنى الاستسلام ، ولأنه ليس بأهل للوجوب ، فلا يكون الإقرار واجبا عليه ، فلا يكون إسلاما .

ولئن سلمنا أن الإسلام هو الإقرار ، ولكن لم قلّم بأنه وجد منه ؟ وهذا لأن الصبي ليس بأهل لسائر الأقايد والالتزام ، فلا يكون أهلا لهذا .

ولئن سلمنا أنه وجد منه الإقرار ، ولكن لم قلّم بأنه وجد الاعتقاد ؟ .

قوله : وجد دليله ، وهو الإقرار الصادر عن عقل - قلنا : لا نسلم وجود العقل من الصبي . والدليل على عدم العقل عدم التكليف ، إلا أنه يسمى عاقلا مجازا .

ولئن سلمنا أنه عاقل ، ولكن عقله كامل أم ناقص ؟ ع م - وهذا لأن عقل الصبي أنقص من عقل البالغ ، فلا يكفي لصحة الإسلام ، لأن / الإسلام من أدق العلوم . ٢/٩ .

الجواب :

قوله : الإسلام هو الاستسلام والانقياد - قلنا : نعم ، وقد وجد منه الإسلام بهذا المعنى .

قوله : بأنه ليس بواجب - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - أنه واجب عليه ، إلا أنه لا يأثم بالتارك لضغفه ، نظرا له . والثاني - أن الوجوب ^(١) إن لم يكن ثابتا ، ولكنه مأمور بالإتيان بطريق التدب والاستحباب ، وهذا القدر يكفى لصحة ^(٢) الإسلام .

قوله : لم قلم بأنه وجد منه الإقرار ؟ قلنا : لأن الكلام فيما إذا أتى بصيغة الإقرار ، إلا أنه لا يلزمه الأحكام الضارة نظرا له في سائر الأقاير ، أما ههنا بخلافه .

قوله : لم قلم بأنه وجد العقل من الصبي - قلنا : لأنه وجد الدليل ، وهو الأفعال المضبوطة والأقوال الموافقة ، لأن الكلام فيه .

قوله : بأن عقله ناقص - قلنا : وإن كان ناقصا بالنسبة ، ولكنه يكفى لصحة الإسلام ، بدليل إسلام النساء مع قصور عقلمن ، فإن يصح بالإجماع هـ .

(١) في الأصل الظاهر أنها كانت « الواجب » ثم جعلت « الوجوب » مع عدم حذف الألف بين الواو والجميم وعلى كل فالمعنى لا يختلف .

(٢) في الأصل كنا : « لصلحه » انظر ما يلي بعد سطور .

[١١]

كتاب الغصب

٢/٩٠

١٠٤ - [مسألة] : زوائد الغصب أمانة : متصلة كانت كالسمن والجمال ، أو منفصلة كاللبن والولد .

والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجد ، فلا يجب الضمان ، قياسا على الوديعة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفي إيجاب الضمان لكونه إضرارا ، إلا أننا توافقنا على شرعه فيما إذا وجد الالتزام أو الاستهلاك ، وفيما عداه ينتفى بالناق .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد الالتزام ، لأنه نص على أنه لم يلتزم . ولما الاستهلاك ، فلأن الاستهلاك إعجاز المالك عن الانتفاع به ، ولم يوجد ، لأن الإعجاز يقتضى سابقة القدرة على الانتفاع ، والولد لم يكن مقدور الانتفاع في حقه ، فلا يتصور الإعجاز ، فصح ما قلنا .

فإن قيل : قولكم بأن وجوب الضمان موقوف على الالتزام والاستهلاك - قلنا : لا نسلم . بل وجوب الضمان موقوف على الغصب ، وقد وجد ، لأن الغصب إثبات اليد العادية / على مال الغير ، وإنه موجود ، فيجب الضمان .

٩١

ولئن سلمنا أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام ، ولكن لم قلّم بأنه لم يوجد ؟ وهذا لأن الضمان كما يجب بصريح الالتزام ، يجب بدليله ، وقد وجد ، لأنه باشر سبب الالتزام ، وهو غصب الأصل .

ولئن سلمنا أنه لم [يوجد] الالتزام ، ولكن لم قلّم إنه لم يوجد الاستهلاك ؟ .
قوله : الاستهلاك إعجاز المالك - قلنا : لا نسلم ، بل هو المنع من حدوث القدرة في المستقبل من الزمان ، وإنه موجود ههنا .

والدليل على صحته^(١) ما قلنا: إن سبب وجوب الضمان في سائر صور الغصب ، على اختلاف أسبابها ، هو منع حدوث إمكان المالك من الانتفاع بالمحل في المستقبل ، بدليل أن غاصب الغاصب ومودع الغاصب ضامن ، وإن لم يوجد الإعجاز^(٢) .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد الالتزام ولا الاستهلاك ، ولكن لا يجب ضمان الولد بطريق الأصول أم بطريق التبعية ؟ م ع - وهذا لأن الولد مضمون تبعاً للأم ، وإن لم يوجد فيه سبب الضمان ، لأن المضمونية صفة للأم ، والولد يتبع الأم في الأوصاف الشرعية ، وصار كما إذا أخرج ظلية من الحرم ، فولدت في يده أولاداً ، يجب عليه ضمان الأولاد .

الجواب :

قوله : بأن الغصب إثبات اليد العادية على مال الغير - قلنا : الغصب ليس مجرد إثبات اليد ، بل هو إثبات اليد على وجه يزيل يد المالك ، ولم يوجد ههنا ، لأن يد المالك لم تكن قائمة على الولد .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد الالتزام ؟ - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : باسبب الضمان - قلنا : لا نسلم - بيانه : أن مطلق الغصب ليس بسبب لوجوب الضمان ، بل وجوب الضمان موقوف على إزالة اليد ، على ما مر .
قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك - قلنا : لأنه لم يوجد الإعجاز .

قوله : السبب هو المنع من حدوث القدرة - قلنا : المقتضى لوجوب الضمان هو المنع من حدوث القدرة في المستقبل من الزمان ، إذا كانت القدرة في المستقبل غالبية الوجود ، لولا فعله ، وإنما يكون كذلك إذا / كان ثابتاً في الحال ، لأن الأصل في الثابت دوامه وفي المعدوم عدمه - دل عليه أن من قطع شجرة إنسان لا يجب عليه ضمان الثمرات ، لما ذكرنا - كذا هذا .

(١) في الأصل قد تكون : « صحته » أو « صحة » .

(٢) لعل المقصود : وإن لم يوجد الإعجاز - أو : لم يوجد الإعجاز منه ، أى من أيهما - انظر : الجواب في ذلك .

أما غاصب الغاصب ومودع الغاصب - قلنا : وجد ثمة تفويت إمكان المالك ، لأن المالك كان بسبيل من الأخذ من العاصب الأول ، فالغاصب الثاني فوت عليه هذا الإسكان ، فألحقناه بتفويت اليد في حق وجوب الضمان - أما ههنا بخلافه .

قوله : لا يجب الضمان بطريق الأصالة أم بطريق التبعية ؟ - قلنا : هذه معارضة .

قوله : المضمونية صفة شرعية في الأم ، فيسرى إلى الولد - قلنا : لا نسلم . بيانه - أن المضمونية صفة في الذمة لا في المحل ، وإنما نقول للعين : هي مضمونة ، لأنه وجد بإهلاكها سبب الضمان ، والإهلاك صفة حقيقية ، والولد لا يتبع الأم في الأوصاف الحقيقية ، بخلاف ظنية الحرم ، لأن أمنها في الحرم صفة شرعية ، فجاز أن تسرى إلى الولد .

١٠٥ - مسألة : الزوائد المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم .

وصورة المسألة - إذا غصب جارية قيمتها ألف درهم ، فازدادت في يده سمنا أو جمالا حتى صارت قيمتها ألفي درهم ، فباعها ، وسلمها إلى المشتري ، فإن أراد المالك تضمين المشتري ، له أن يضمه ألفي درهم بالإجماع . وإن أراد تضمين الغاصب ، له أن يضمه ألف درهم عنده ، وعندهما ألفي درهم . والتعليل والأسئلة والأجوبة ما مر في المسألة المتقدمة .

١٠٦ - مسألة : الدور والمقار لا تضمن بالغصب .

والوجه فيه - أنه لم يوجد منه الاستهلاك^(١) لأن الاستهلاك إما يكون بإخراج العين من أن يكون متفعلاً به ، وذلك بتفويت وصف عن المحل لأجله كان متفعلاً به في حق المالك ، ولم يوجد ، لأن المحل إما كان متفعلاً به لكونه بقرب من المالك ، مهبطاً بصفة مخصوصة ، ولم يوجد التبعيد ولا التغيير ، فلا يتحقق الاستهلاك ، / فلا يجب الضمان ، لأنه ضرر .

١/٩٢

(١) هذه الكلمة كتبت هنا وفيما بعد كأنها « استهلاك » أي أخرها لام لا كاف .
(طهارة الخلاف في الفقه - م ١٧)

فإن قيل : قولكم بأنه لم يوجد منه الاستهلاك - قلنا : لا نسلم .

قوله : الاستهلاك إنما يكون بتقوت وصف في المحل - قلنا : الاستهلاك الحقيقي أم الاستهلاك المعنوي ؟ م ع - بيانه : أن المول عليه في وجوب الضمان الاستهلاك المعنوي ، وهو إعجاز المالك عن الانتفاع بالمحل ، لأنه ضرر ، بدليل أن من أودع عند إنسان عقارا فجمعه الوديعة - يضمن ، وإن لم يوجد ، تقوت^(١) وصف في المحل ، ولا فعل فيه . ولكن لما وجد تبعيد المالك وجب الضمان - كذلك ههنا .

ولكن سلمنا : أن الإعجاز بتقوت وصف عن المحل ، ولكن لم قلم بأنه لم يوجد ههنا ؟ .

قوله : لأن المحل إنما كان منتفعا به لكونه بقرب المالك مهيبا^(٢) - قلنا : لا نسلم ، بل إن ما كان منتفعا به ، لأن المالك كان متمكنا من الانتفاع به لكونه في يد الغاصب : منع يده وفوت عليه إمكان الانتفاع وشغله بأن منعه نفسه ، فلا يمكن الانتفاع ، ولأنه بعد المالك عن الدار ، فيكون سببا للضمان .
الجواب :

قوله : لم يوجد الاستهلاك^(٣) الحقيقي أم المعنوي - قلنا : كلاهما : أما الحقيقي فظاهر . وأما المعنوي - فذلك^(٤) لأنه إنما يكون بالعجز عن الانتفاع ، وإمكان الانتفاع للمالك ثابت في الجملة بأن يرفع الأمر إلى السلطان فيستعديه فيعديه^(٥) .
^١ (١) تقوت الشيء اختلطف واضطرب وتقوت عليه في ماله استبد بالتصرف فيه . وفات الأمر قوتاً وطواتاً معنى وقته ولم يفعل وأفاته الأمر جملة يفوته وقوته أفاته - المعجم الوسيط . وفي الأصل كذا : « تقوت » .

(٢) كذا يبدو في الأصل .

(٣) في الأصل كذا : « الاستهلاك » راجع فيما تقدم المامش ١ ص ٢٥٧ .

(٤) في الأصل : « وذلك » وتقدم قوله : « أما الحقيقي فظاهر » بالفاء لا بالواو . قالوا خطأ من الناسخ بدلا من الفاء .

(٥) استعداه استعانه واستصره - يقال : استعديت الأمير على فلان - المعجم الوسيط .
أي فيستصره فينصره .

وأما المسألة - فممنوعة .

قوله : المحل إنما كان منتزعا به لكونه في يد المالك ، وقد أثبت الغاصب يده وأشغله بمتاعه - قلنا : هذا مما يمكن إزالته إما بنفسه أو بإذابة من هو أقوى منه ، أو بالمرافعة إلى السلطان . فلم يكن تفويتا للإمكان من كل وجه ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان تفويت للإمكان من كل وجه ، فلا يجب إلا بتفويت مثله ، تحقيقا للمعادلة .

١٠٧ - مسألة : النافع لا تضمن بالغصب .

وصورته - غصب عبدا خبازا مثلا ، وأمسكه شهرا ، ثم رده إلى المالك - لا يجب عليه ضمان منافع الشهر .

والوجه فيه - / أن النافع الحادث في يد الغاصب ، ملكه ، فلا يضمن ، قياسا على إتلاف منافع ملك غيره .

وإنما قلنا ذلك - لأنه اكتسب النافع ، لأنه باشر السبب ، وهو إمساك العين ، و [ب] مباشرة السبب كسب النافع ، كغصب الشبكة للصيد .

فإن قيل : التعليل ينتقض بما إذا غصب جارية فولدت في يده أو شجرة فأثمرت في يده ، فإنه يضمن الولد والشجر ، مع ما ذكرتم .

ثم نقول : لا نسلم بأن النافع ملكه .

قوله : باشر سببه - قلنا : مباشرة السبب على هذا التفسير يكون [م] ملكا في المباحات ، لا في المملوكات ، بدليل أنه لو نصب شبكة ، فعقل^(١) بها صيد مملوك لأحد ، لا يملكه ، والنافع مملوكة للمالك ، لأنها تبع ملكه ، فكانت مملوكة له ، كالشجر والولد .

(١) تَعْقَلُهُ عن حاجته حبه ومنعه - المعجم الوسيط .

· ونحن سلمنا أن الكسب سبب للملك ، ولكن كسب ساح أم محظور ؟ م ع -
وهذا لأن الغصب محظور بالإجماع ، واحظور لا يجوز أن يكون سببا للملك ، لأنه
يؤدى إلى فتح باب الظلم والعدوان .

· ونحن سلمنا أنها حدثت على ملك الغاصب ، ولكن كانت بحالة لولا الغصب
لحدثت على ملك المالك ، فكان هذا كحدثها على ملكه ، فكان ضررا ، فيجب
الضمان .

الجواب :

أما إذا غصب جارية فولدت أو شجرة فأثمرت - إما لا يملكه لوجهين : أحدهما -
أن ذلك ليس بسبب لحصول الولد والثمرة ، لأنه لا يلزم حصولها . والثانى - أنهما من
أجزاء^(١) الجارية والشجرة ، فكانت مملوكة للمالك قبل الغصب - أما ههنا بخلافه .
قوله : السبب على هذا التفسير يكون فى المباحات لا فى المملوكات - قلنا : لا
نسلم .

· ونحن سلمنا ذلك ، ولكن لم قلّم بأن المنافع ملك المالك ؟ .

قوله : لأنها تبعه - قلنا : لا نسلم ، بل العين تبع للمنافع من حيث الغرض
والمقصود .

قوله : لم قلّم بأنه لا يجب الضمان بسبب منع حدوث المنافع على ملكه ؟ قلنا : لأن
الضمان منع المنفعة الحاصلة ، فلا يجب فى مقابلة منع منفعة لم تحصل بعد ، تحقيقا
للمعادلة فى ضمان العدوانات .

١/٩٣ - ١٠٨ - مسألة : المضمونات تملك / بالغصب عند أداء الضمان مستندا إلى وقت
الغصب .

(١) فى الأصل هكذا : « أحرا » .

صورته : إذا غصب عبدا : فأكسب في يده أكسابا ، وأبق من يده - يقضى القاضى عليه بالضمان و [إذا] أدى الضمان ، يصير العبد ملكا له ، حتى لو عاد العبد من الإباق ، يعود على ملك [هـ] وكانت الأكساب ملكا له .

والوجه فيه - أن المالك ثبت الملك له في الضمان ، فيزول ملك الغصب عن الضمان ، لاستحالة جمعهما ، وإذا زال ملك الغاصب ، فقد تضرر به ، فيجب إعدام هذا الضرر ، وذلك بإثبات الملك [له]^(١) في المضمون ، ليقوم مقامه ، فوجب القول بإثبات الملك في الجانبين ، دفعا للضرر عنهما بقدر الإمكان .

فإن قيل : قولكم بأن الملك ثبت للمالك في الضمان - قلنا : لا نسلم . وبطلانه ظاهر ، لأنه لو ثبت الملك له : إما أن ثبت من كل وجه ، أو من وجه دون وجه . لا وجه للأول - لأنه لم يفت ملك المالك عن المضمون من كل وجه ، لقيام ملك الرقبة . ولا وجه للثاني - لأنه لا قاتل به .

ولئن سلمنا أنه ثبت الملك للمالك في الضمان ، ولكن لم قلتم بأنه ثبت الملك للغاصب في المضمون ؟ .

قوله : دفعا للضرر - قلنا : الاعتراض عليه من وجهين : أحدهما - أن ضرره ليس بواجب الدفع ، لأنه جان . والثاني - أنه لا يمكن إثبات الملك للغاصب في المضمون ، لأنه هالك حكما ، لأن القاضى لا يقضى بالضمان للمالك ، إلا بعد قضائه بهلاك المضمون .

والدليل على أن الغاصب لم يملك المضمون من وقت الغصب ، أنه لا يملك الأولاد الحادثة بعد الغصب .

ولئن سلمنا أنه ثبت الملك في الجانبين ، ولكن على وجه يتمكن المالك من فسخه ، لأنه ثبت بطريق الضرورة ، فيتوقف إلى وقت ظهور المضمون ، فثبت له حق النقض ، كالبائع المكره ، وصار كما إذا أخذ الضمان بقول الغاصب ، فإنه يعود - كذا هذا .

(١) « له » غير واضحة في الأصل ومكانها فيه يباشر .

الجواب :

٢/٩٣ قوله : لم قلتم بأن الملك ثبت للمالك في الضمان ؟ قلنا : لأن الفاتئ بالنصب / منافع لا يمكن جبرها ودفع الضرر الحاصل بغواتها إلا ببيوت الملك للمالك في الضمان من كل وجه .

قوله بأن في إثبات الملك للمالك في الضمان من كل وجه إزالة (١) ملك الغاصب من كل وجه ، مع أنه لم يزل من كل وجه - قلنا : نعم ولكننا دفعنا (٢) هذا الضرر عن الغاصب بإثبات الملك له في المضمون من كل وجه ، تحقيقا للمعادلة ودفعاً للضرر .

قوله بأن ضرر الغاصب ليس بواجب الدفع - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأنه جان - قلنا : بلى ، ولكن حق الجاني فيما وراء جنايته معصوم ، ولا يجوز الإضرار به إلا بقدر الجناية ، عملاً بالدليل الناق للضرر .

قوله : بأنه هالك حكماً ، فلا يمكن إثبات الملك فيه - قلنا : لا نسلم ، بل هو قائم ، لأن الأبق قابل للملك ، وكذلك الهالك من كل وجه : قابل للملك في آخر جزء من أجزاء بقائه .

وأما الأولاد والأكساب - قلنا : الملك ثبت مستنداً ، وإنه يظهر في حق بعض الآثار دون البعض ، فأظهرناه في الأكساب دون الأولاد ، لأن التبعية في الأكساب أكثر .

قوله : يتمكن المالك من فسخه - قلنا : لا نسلم - وبيان : أن الملك للمالك في الضمان ثبت على وجه لا يتمكن الغاصب من نقضه ، فكذا في جانبه - بخلاف البائع المكره ، لأن الغاصب طائع في الغصب والضمان ، وكذا المالك ، بخلاف ما إذا أخذ الضمان بقول الغاصب ، لأن المالك ثمة كالمكره .

(١) في الأصل : « إزالة » .

(٢) في الأصل : « دفعاً » .

١٠٩ - مسألة : نقصان الولادة ينجر بالولد إذا كان له وفاء بقيمة النقصان .

والوجه فيه - أن هذا النقصان تعين طريقا للوصول إلى نفع مطلوب عادة ، فلا يجب الضمان .

وإنما قلنا ذلك - لأنه تعين طريقا للوصول إلى الولد عادة ، والولد نفع مطلوب عادة ، وإذا كان النقصان طريق النفع كان نقصانا صورة لا معنى ، فلا يكون^(١) ضررا معنى ، فلا يجب الضمان ، لأن أخذ الضمان إضرار صورة ومعنى . والدليل يأتي ذلك إلا لجبر / ضرر مظه .

١/٩٤

فإن قيل : قولكم بأن الولد نفع مطلوب عادة - قلنا : لا نسلم ، بل تطلب الأم للاستخدام^(٢) أو الركوب .

ولئن سلمنا أن الولد نفع مطلوب ، ولكن يجبر النقصان إذا كان مطلوبا للمالك قطعاً أم [على]^(٣) سبيل الاحتمال ؟ م ع - وهذا لأن ضرر النقصان قطعي ونفع الولد محتمل ، فلا ينجر به .

ولئن سلمنا أن النقصان يجبر ، ولكن لم قلّم بأنه لا يجب الضمان ؟ وهذا لأن الضمان عندنا لم يجب بسبب الولادة ، لأنه صنع الله تعالى وإنما وجب بالنصب السابق ، والنصب سبب للضمان ، لأنه سبب للنقصان .

ثم الدليل على أن الولد لا يصلح جابرا ، لأنه ملك المالك ، والنقصان حصل على ملكه ، ونقصان ملكه لا ينجر بملكه - دل عليه أن الأم إذا ماتت وفي قيمة الولد وفاء بالأم ، يجب عليه ضمان الأم . وكذلك إذا قطع أصول شجرة إنسان ونبت مكانها أخرى أو جز صوف شاته ونبت آخر ، أو نزع أنثى^(٤) عبد إنسان وازدادت قيمته ، يجب الضمان في هذه الصور .

(١) كلمة غير واضحة في الأصل ففيه هكذا : « فلا يحون » .

(٢) في الأصل : « الاستخدام » .

(٣) زيدت أنخذا لما قاله المؤلف في مواضع أخرى - انظر فيما يلي من الملامح ٢٧٢ .

(٤) الأكيان الخصيتان . والأذنان - المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الولد نفع مطلوب عادة - قلنا : لأن العقلاء يسكنون
الأمهات (١) والدواب (٢) والجوارى للولد ، وكون غيره مطلوبا لا يمنع كونه مطلوبا .
قوله بأن نفع الولد محتمل - قلنا : نفرض (٣) الكلام فيما إذا كان نفعه قطعيا ،
وصرح المالك بكونه طالبا للولد ، فسقط السؤال .

قوله : سبب وجوب الضمان هو الغصب السابق - قلنا : إنما يجب الضمان بسبب
الغصب إذا لم يرد الجانية ، وقد ردها من غير نقصان معنى - على ما مر .

قوله بأن نقصان ملكه لا يجبر بملكه - قلنا : نحن لا ندعى بأن هذا النقصان
حصل صورة ومعنى وجوب الضمان ثم انجبر ، ولكن ندعى أن هذا لم يقع نقصانا
موجبا للضمان ابتداء ، لما قلنا . وأما إذا ماتت الأم فهذا نقصان صورة ومعنى / .

وكذلك إذا قطع الشجرة وجز الصوف ، فإنه نقصان صورة ومعنى ، لأنه لم يتعين طريقا
للفنec - وأما الزيادة بقطع الأثنين (٤) [فـ] ليس بمطلوب شرعا ، لأنه حرام ، وهو
عادة الجهال والظلمة ، فكان ذلك النفع ملحقا بالعدم - أما ههنا بخلافه .
والله أعلم .

١١٠ - مسألة : إذا غصب حنطة وطحنها أو زرعها ينقطع حق المالك ويصير
ملكا للغاصب بالضمان ، خلافا له .

والوجه فيه - أن الغاصب استهلك مالية الحنطة واكتسب مالية الدقيق ، فوجب أن
ينقطع حق المالك إلى الضمان .

(١) أمهات جمع أم وهي أصل الشيء والوالدة الشيء يتبعه ما يليه - المعجم الوسيط .

(٢) كلنا تيدو في الأصل .

(٣) في الأصل قلنا : « بعرض » بدون نقط الحرفين الأولين .

(٤) انظر فيما تقدم الماش ٤ ص ٢٦٣ .

وإنما قلنا ذلك - لأن مالية الخنطة إما تثبت بكونها صالحة لإقامة المصالح المختصة بها من الزراعة وإتخاذها أطعمة ، وبالطحن فأتت هذه الصفة ، ففتوت المالية .

وإنما قلنا إنه اكتسب مالية الدقيق ، لأنه باشر السبب المتعين لحصول الدقيق ، وهو الطحن ، فيصير ملكا للغاصب ، لقوله عليه السلام : « المرء أحق بكسبه » .

فإن قيل : قولكم بأنه استهلك مالية الخنطة - قلنا : لا نسلم .

قوله : بالطحن فأتت المصالح المختصة بها - قلنا : لا نسلم بأن الطحن مضاف إلى فعله ، بل مضاف إلى دوران الرحا ، وذلك إلى جريان الماء ، إلا أن إلقاء الخنطة في الرحا شرط ، والحكم لا يضاف إلى الشرط .

ولئن سلمنا بأن الطحن مضاف إلى فعله ، ولكن لم نعلم بأن بالطحن زالت مالية الخنطة ؟ .

قوله : لأنه فأتت منافع الخنطة المختصة بها - قلنا : كلها أم بعضها ؟ ع م . وهذا لأن معظم منافع الخنطة اتخاذه خبزا ، وإنه قائم ، فلا يزول الملك . ولذا لو غصب شاة فلجها لا ينقطع حق المالك عن الشاة ، وإن فأتت منافع الدر^(١) والنسل .

ولئن سلمنا أن مالية الخنطة قد بطلت ، ولكن أجزاء الخنطة قائمة ، فلم ينقطع ملك المالك ، لأن المالية صفة والأجزاء ذات ، والملك يقع بالذات لا بالصفات .

ولئن / سلمنا أنه يزول ملك المالك ، ولكن لم يثبت ملك الغاصب . ١/٩٥

قوله : اكتسبه - قلنا : لا نسلم بأن الفعل الحرام يكون سببا للملك .

ولا نسلم بأن الحديث يتناول ، لأنه أجهنا على أن الغاصب ليس أحق به ، فإنه لا يعمل له الانتفاع به ، بل يجب عليه التصديق .

(١) الدر السن ودر الضرع امتلا لنا وسال بالنن ويقال : در بالنن - المعجم الوسيط .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الطحن مضاف إلى فعله ؟ قلنا : لو فرضنا الكلام فيما إذا طحن بيده سقط السؤال . ولو لم نفرض فنقول : تقريب الخنطة من الرحا سبب للطحن ، ولهذا لو استأجر طحانا ليطحن له بكنا ، ففعل ما قلنا - يستحق الأجرة .

قوله : لم قلتم بأن بالطحن زالت مالية الخنطة - قلنا : لأن منافعتها قد فانت .

قوله : كلها أو بعضها - قلنا : كلها ، لأن منافع الخنطة ما تحصل حال تركب الأجزاء ، لأنها هي الخنطة ، وملك المالك قائم بالتركب ، فكان لهذه الأجزاء ماليتان في حالتين : إحداهما (١) حالة التركب . والثانية حالة التفريق . فمالية التركب تزول بزوال التركب .

وأما إذا غصب شاة فذبحها - قلنا : لم يستهلك مالية اللحم ، وإن استهلك مالية الشاة . إنما الفاتت صفة (٢) الحياة ، وذلك ليس بشرط اللحم .

ولئن استهلك مالية الشاة ولكنه لم يكتسب مالية أخرى ، حتى لو اكتسب بالطبخ ، يزول ملك المالك ، كما زال ههنا .

قوله : للملك يقوم بالذات لا بالصفات - قلنا : لا نسلم ، بل قائم بالصفة ، بدليل الشاة الميتة .

قوله : الغاصب ليس أحق به - قلنا : لا نسلم ، بل هو أحق به ، لأنه أخص به ، ولهذا خصه الشرع بالتصدق به وتخليكه .

والله أعلم .

(١) في الأصل : « إحداهما » .

(٢) في الأصل كذا : « وصفه الحياة » وفي المعجم الوسيط : وَصَفَ وَصْفًا وصفته نعمته بما فيه . والصفة الحالة التي يكون عليها الشيء من حليته ونعته كالسواد والبياض والعلم والجهل . وسيأتي بعد قليل : « بل قائم بالصفة » .

١١١ — مسألة : إذا غصب ساجعة^(١) وأدخلها في بنائه ، ينقطع حق المالك إلى الضمان .

والوجه فيه - أن القول بانقطاع حق المالك إلى الضمان وثبوت الملك للغاصب في الساجعة دفع أعلى الضررين ، بتحمل الأدنى ، فوجب المصير إليه ، قياسا على ما إذا غصب لوحا / وأدخله في السفينة المركوبة . وإنما قلنا ذلك - لأن القول بانقطاع حق المالك إضرار به ، ولكن بعوض يقابله وهو الضمان . وفي القول ببقاء حق المالك إضرار بالغاصب بغير ضمان ، لأنه متى بقي ملك المالك في الساجعة كان بسبيل من نقض البناء لإخراج الساجعة ، وفي ذلك إبطال ملك الغاصب عن البناء بغير ضمان ، لأن البناء حصل بكسبه ، والكسب سبب لثبوت الملك ، ومعلوم أن هذا الضرر فوق ذلك الضرر ، فوجب القول بانقطاع حق المالك إلى الضمان ، دفعا لأعلى الضررين بتحمل الأدنى .

فإن قيل : قولكم بأن في نقض البناء إبطال ملك الغاصب عن البناء بلا عوض - قلنا : لا نسلم بأن نقض البناء إبطال ملكه .

قوله : لأنه حصل بكسبه - قلنا : المحذور لا يكون سببا للملك .

ولئن سلمنا أنه ملكه ، ولكن هذا الضرر حصل قصدا أو ضمنا ؟ ع م . وهذا لأنه حصل ضمنا لإيصال الحق إلى المستحق ، فلا يجب دفعه ، كما في مؤنة الرد - دل عليه أنه لو غصب ساجعة وبني عليها لا ينقطع حق المالك حتى ينقض البناء - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه إضرار بالغاصب ، ولكن لا نسلم بأنه فوق ضرر المالك .

قوله : لأنه لا يقابل بالضمان - قلنا : لا نسلم ، بل يقابل بالضمان على أحد قولي الشافعي .

(١) الساجعة مفرد ساج وهو ضرب عظيم من الشجر لا ينبت إلا في الهند ويحلب منها . وقال الزمخشري : الساج خشب أسود رزين يحلب من الهند ولا تكاد الأرض تليه . وقال بعضهم : الساج يشبه الأنوس وهو أقل سوادا منه - المصباح . وانظر : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ١٣٤ .

ولئن سلمنا أن ضرره فوق ضرر المالك ، ولكن لم قلم بأنه واجب الدفع ؟ وبطلانه
ظاهر لوجهين .

أحدهما - أنه جان ولا يبالى بضرر الجاني .

والثاني - أنه هو الذى أضر بنفسه حيث باشر سببه ، وهو إدخاله الساجة فى بنائه
مع علمه بذلك ، فلا يستحق النظر .

ثم هذا معارض بقوله عليه السلام : « من وجد عين ماله فهو أحق به » (١) .
الجواب :

قوله : لم قلم بأن نقض البناء إبطال ملكه ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : المحذور لا يكون سببا - فالجواب عنه ما مر فى المسائل المتقدمة .

قوله : هذا الضرر حصل / قصدا وأبتداء أو ضمنا - قلنا : إذا ثبت أنه ضرر ،
يجب دفعه بالدليل . ١/٩٦

قوله : حصل ضمنا لاتصال الحق - قلنا : لا نسلم ، بل حصل قصدا وأبتداء ،
لأنه لا يجب نقض البناء لرد الساجة ، لما فيه من إبطال ملكه . وبهذا فارق مؤنة الرد ،
لأن الرد واجب ثمة أو لأن الرد ممكن فى الجملة بدون المؤنة .

وأما فصل الساجة - قلنا : ثمة ضرر المالك مثل ضرر الغاصب ، لأن ضرر المالك
بغير عوض كضرر الغاصب ، لأن الساجة لا تضمن بالنصب - أما ههنا بخلافه .

قوله : إن ضرره يقابل بالضممان على أحد قوليه - قلنا : لا نسلم ، ولا يمكن القول
به ، لأن البناء هو التركيب وإنه ليس بعين مال حتى يقابل بالضممان . على أن إذا سعينا
فى إبطال أحد قوليه فقد حصل المرام .

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٢٥ ص ١٣٠ - ١٣١ فى باب التفليس والحجر . وسبل
السلام ، ٣ : رقم ٨١٣ ص ٨٧٢ - ٨٧٥ وفيهما : « عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة
رضى الله عنه قال : سمعنا رسول الله ﷺ يقول : « من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو
أحق به من غيره » متفق عليه . وهناك رواية أخرى فى بلوغ المرام وسبل السلام .

قوله - بأن ضرره لا يدفع ، لأنه جان - فالجواب عنه ما مر في المسألة المتقدمة .
وإدخال الساجة ليس بسبب للنقص ، بل هو سبب لانتقطاع حق المالك على ما مر .
وأما الحديث - قلنا : لم يجد المالك عين ماله ، لأنه انتقطع ماله - على ما مر .

١١٢ - مسألة : المسلم إذا أتلف خمر الذمي أو خنزيره - يجب عليه الضمان .
وعلى هذا الخلاف جواز بيع الذمي من الذمي في الخمر والخنزير .

والوجه فيه - أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك - فيجب الضمان ، قياسا
على ما إذا أتلف محل الذمي .

وإنما قلنا : إنه أتلف مالا ، لأن المال هو المحل المعد لإقامة مصلحة آدمي حقيقة
وشرعا ، وإنه كذلك في حق الذمي .

وإنما قلنا : إنه متقوم ، لأن المعنى به كون المحل بحال يذلل العرض في مقابلته ، وإنه
كذلك في حقه .

وإنما قلنا : إنه معصوم ، لأن العصمة إنما تثبت لحاجة المالك إلى صيانة ملكه ،
والذى يحتاج إليه .

وإذا ثبت هذا - فإتلاف مال هذا حاله إضرار بالمالك ، فوجب دفعه بالضمان .

٢/٩٦ فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على وجوب الضمان ، ولكن ههنا دليل آخر / ينفي
ذلك . وذلك لأن الخمر وإن كان مالا في حق الذمي ، ولكنه ليس بمال في حق
المسلم . وهو محرم الانتفاع ، وأخذ الضمان من المسلم إتلاف مال متقوم في حقه وفي
حق الذمي مطلقا ، فلا يجب إلا بإتلاف مال متقوم في حق الكل تحقيقا للمعادلة .
ولئن سلمنا أن (١) إتلاف خمر الذمي يصلح سببا للضمان ، ولكن إنما يجب إذا
أمكن ، وإنه لا يمكن لوجهين :

(١) في الأصل : « انه » .

أحدهما - أنه لو وجب عليه الضمان لثبت الملك في المضمون ، كما هو مذهبكم في المضمونات ، ولا وجه إليه ، لأن المسلم ليس بأهل تملك الخمر .

والثاني - وهو أن الضمان لو وجب إما أن ما يجب بالمثل وهو الخمر أو بالقيمة - لا وجه للأول ، لأن المسلم ليس بأهل تملك الخمر . ولا وجه للثاني لوجهين : أحدهما - أن إيجاب القيمة في المثليات عند وجود المثل لا نظير له في الشرع ، فكان نصب الشرع بالرأى ، وذلك باطل . والثاني - أن المسلم لا يعرف قيمة الخمر بنفسه ، لأنه ليس بأهل التملك ، فلا بد من الرجوع إلى تقويم الذمي ، وفيه تنفيذ حكم الذمي على المسلم ، وذاك باطل .
الجواب :

قوله بأن الخمر إن كان مالا في حق الذمي - [ف] ليس بمال في حق المسلم - قلنا : بلى ، ولكن سببية الضمان تهتني على كونه مالا متقوما في حق المتلف عليه ، دون المتلف ، لأن الضمان شرع لإعدام الضرر ، وذلك يثبت بكونه مالا متقوما في حقه ، والمعادلة ثابتة ههنا في وصف الإضرار .

قوله : لو أدى الضمان يملك المضمون ، وهو ممنوع عن تملك الخمر - قلنا : المسلم ممنوع عن تملك الخمر قصدا لا ضرورة ، ولهذا يملك بالإرث ، وبأن يوكل ذميا بشرائها عند أبي حنيفة .

قوله : إما أن يجب المثل أو القيمة - قلنا : تجب القيمة .

قوله : مثلى - قلنا : بلى ، لكن إذا عجز المتلف عن أداء المثل بصار إلى القيمة ، كما إذا أتلف عصيرا فانقطع أواته ، تجب القيمة / .

قوله : فيه تحكيم الذمي على المسلم - قلنا : ليس كذلك ، لأنه يمكن معرفته من ذمي أسلم أو مسلم تاب من شرب الخمر .

والله أعلم .

كتاب الوديعة^(١)

١١٣ - مسألة^(٢) : المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان .

والوجه فيه - أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، فوجب أن لا يؤخذ بالضمان عند الهلاك .

وإنما قلنا ذلك - لأن ضرر الإعجاز حصل بإثبات اليد المانعة على المحل ، وبترك الخلاف والاشتغال بالحفظ للمالك إزالة اليد^(٣) المانعة عن المحل ، فارتفع الإعجاز ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأبى لإيجاب الضمان إلا لإعدام الضرر الواقع بالإعجاز ، لكونه ضرراً .

فإن قيل : قولكم بترك الخلاف^(٤) إزالة اليد المانعة - قلنا : لا نسلم .

وبيانه : أن تفسير العود إلى الوفاق [هو] ترك الخلاف ، والخلاف هو لبس الثوب ، فكان العود نزعاً ، وإنه محتمل : يحتمل أنه نزعاً لنفسه ، ويحتمل أنه نزعاً للمالك .

ولو قال : أحفظه للمالك - لا يسمع قوله ، لأنه متهم فيه ، لدفع الضمان عن نفسه .

(١ - ٢) في الأصل كنا : « مسألة في كتاب الوديعة الوديعة ... » وهو ما يخالف ما سار عليه المؤلف في الكتاب مما يرجع أن هذا من عمل الناسخ سهواً . وقد أثرنا الرجوع إلى منهج المؤلف في الكتاب كله وخصوصاً وأنه قد أورد ثلاث مسائل في هذا الكتاب وليس مسألة واحدة (المسائل ١١٣ - ١١٤ - ١١٥) على خلاف ظاهر قوله : « مسألة في كتاب الوديعة » .

(٣) انظر الحاشي التالى .

(٤) كنا في الأصل . ولعل الأوضح أن يقال : « في ترك الخلاف إزالة ... » أو « ترك الخلاف أنزال ... » .

ولئن سلمنا أن ضرر الإعجاز قد ارتفع بالعود إلى الوفاق ، ولكن قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ ع م . وهذا لأن بخلاف وجب الضمان قطعاً ، وارتفاع الإعجاز محتمل ، فلا يسقط اليقين بالشك ، وصار كالفاسب إذا قال : أنا أحفظه للمالك ولا أمنعه ، لا يسقط عنه الضمان .

ولئن سلمنا أن ضرر الإعجاز قد انعدم ، لكن لم لا يجب الضمان بسبب آخر وهو الالتزام للضمان عند الهلاك ، بترك الجفط حالة عقد الوديعة ؟ .

الجواب :

قوله . بأن تفسير العود إلى الوفاق نزع الثوب - قلنا : ليس تفسير العود إلى الوفاق نزع فقط ، بل هو الاشتغال بالحفظ للمالك على وجه يعرف بقرائن أحواله ودلالات المادة ٢/٩٧ أنه يحفظه للمالك ولا يمنعه / عنه .

قوله : الإعجاز قد ارتفع قطعاً أم على سبيل الاحتمال ؟ - قلنا : ظاهراً وغالباً ، وهذا القدر يكفي لمنع من المؤاخذه بالضمان ، بدليل أنه لو رد إلى رسول المالك يراً من الضمان ، وهذا لا يرتفع المعجز قطعاً ، بخلاف الفاسب إذا قال : أحفظه للمالك ، لأنه أنعبر عن شيء يشهد الظاهر بخلافه ، والظاهر من الفاسب الإعجاز ، ومن المودع ترك الإعجاز .

قوله : لم لا يجب الضمان بسبب الالتزام ؟ قلنا : لأن الالتزام لم يوجد صريحاً ، والظاهر أنه لا يلتزم الضمان لما فيه من الضرر .

١١٤ - مسألة : إذا أودع عند صبي محجور عليه مالاً ، أو عند عبد محجور عليه مالا ، فاستهلك - لا ضمان عليه (١) أصلاً ، وعلى العبد ضمانه بعد العتق .

والوجه فيه - أن الصبي استهلك مالا ، تالفاً في حق المالك من وجه - فلا يضمن .

(١) لعل المقصود : على الصبي .

وإنما قلنا ذلك - لأن المال لما^(١) وقع في يد الصبي صار تالفا ، في حق المالك من وجه ، لأن المعنى من التلف هو العجز عن الانتفاع ، والمالك عاجز عن الانتفاع من وجه ، لأن الظاهر من حال الصبي المنع لقيام الداعي والقدرة ، ولا مانع له شرعا ، فيكون تالفا من وجه ، فلا يجب الضمان ، لأن الدليل يأباه لكونه ضررا ، إلا في مقابلة مال قائم من كل وجه ، ففيما عداه^(٢) [لا] .

فإن قيل : قولكم بأن الظاهر من حال الصبي المنع لقيام الداعي - قلنا : لا نسلم وبطلانه ظاهر ، لأنه وإن لم يكن له مانع شرعى ، ولكن له مانع ، وهو خوف ارتفاع الثقة^(٣) وخوف التعزير والتأديب ، فلا يمنعه عن المالك .

ولئن سلمنا أن هذا المال تالف على ما ذكر ، ولكن هذا التلف حصل بفعل المالك أم بفعل الصبي ؟ ع م - ولكن هذا لا يمنع وجوب الضمان ، لأنه متلف بفعله ، فصار : كالودع الفاسق البالغ ، وكالصبي المأذون المودع ، / وكذا إذا أودع عند بالغ فأتلفه صبي في عياله ، أو كانت الوديعة عبدا أو أمة فأتلفه ، يجب الضمان في هذه الصور وكذلك يجب الضمان على غاصب الغاصب وإن كان تالفا^(٤) .

الجواب :

قوله : له مانع ، وهو خوف ارتفاع الثقة - قلنا : الصبي المحجور لا يبالي بالثقة من الناس ه ويرفعها ، لأنه لا يحتاج إلى المعاملة مع الناس . وأما التعزير والتأديب - قلنا : هذا أمر محتمل : قد يعزر وقد لا يعزر . ولئن كان يعزر ، ولكن المعروف من عادات أغلب الصبيان أنهم لا يباليون بالتعزير .

(١) في الأصل : « كما » .

(٢) في الأصل كذا ، ولعل الصحيح : « لا فيما عداه » وقد أثرتا زيادة « لا » في آخر العبارة .

(٣) كذا يبدو في الأصل . وستأتى بعد قليل .

(٤) في الأصل كذا : « تالفا » . ولعل المقصود أنه تالف من وجه بوجوده لدى الغاصب . (طريقة الحلوف في الفقه - ١٨ م)

قوله : هذا التلف حصل له بفعل المالك أم بفعل الصبي ؟ - قلنا : حصل بتسبب المالك وتسليطه على ماله من ليس من أهل الحفظ ، فيكون تالفا من وجه ، فلا يجب به مال قائم من كل وجه .

أما الأحكام :

أما الفاسق - فالمانع قائم في حقه ، وهو خلاف المأثم وعقله أكثر من عقل الصبي . وكذلك المأذون ، لأن الإذن دليل اختصاصه بزيادة الاحتذاء .

وأما إذا أودع عند بالغ فأتلفه صبي في عياله - قلنا : هذا الصبي مأذون بقبول هذا النوع من الوديعة ، فكان كالإيداع من المأذون .

وأما إذا كانت الوديعة عبدا أو أمة ، فلأن الداعي إلى المنع ثمة معارض بالمانع ، لأن العبد والأمة يمتنعانه .

وأما غاصب الغاصب - فإنه أيضا إتلاف من وجه ، إلا أننا ألحقناه بالإتلاف من كل وجه ، زجرا عن ذلك ، وسدا لباب النصب - أما ههنا بخلافه . والله أعلم .

١١٥ - مسألة : المودع إذا سافر بمال الوديعة في طريق آمن ، فهلك الوديعة في

يده - لا يضمن . وعنده يضمن . وهذا إذا لم يكن للوديعة حمل وموثة . أما إذا كان لها حمل وموثة - فعند أبي حنيفة لا يضمن كان السفر قريبا أو بعيدا . وعند أبي يوسف : في البعيد يضمن . وعند محمد : يضمن فيهما . وفي الطريق / المخوف والبحر يضمن بالإجماع .

٢/٩٨

والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجد ، فلا يضمن ، قياسا على ما إذا حفظ في المصر .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد منه الالتزام - لأنه إما التزم الضمان بترك الحفظ الملتزم ، وهو الحفظ للمالك بأمره وقد أتى به ، لأن حفظ الشيء عبارة عن جعله بحالة يكون

مضمونا عن أسباب الهلاك . وإذا كان الطريق آمنا ، كانت الوديعة بحالة لا يقصدها قاصد ولو قصدها يمكنه دفعه ، إما بنفسه أو بالاستعانة بالرفقة ، والمالك لم يعين عليه المكان ، فيكون حافظا بأمره .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد منه الاستهلاك ، لأن الكلام فيما إذا هلك بأفة سماوية ، لا بصنعه .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بالحفظ الملتزم - قلنا : لا نسلم .

قوله : الطريق آمن - قلنا : في الحال أم في المستقبل ؟ م ع - ولا يمكن القول ببقاء الأمن في المستقبل ، لأن الظاهر هو الخوف في الأسفار ، والمسافر وإن كان قادرا على دفع الآحاد ، لا يقدر على دفع الجماعات .

ولكن سلمنا أنه أتى بالحفظ ، ولكن بالحفظ الكامل أم بالحفظ الناقص ؟ م ع ، وهذا لأن الحفظ في المصر أكمل ، ولهذا يصح التقييد^(١) به ، ولو قيد بضمن . فلو لم يكن متفاوتا لما ضمن ، كما قيد بيتا دون بيت .

ولكن سلمنا أنه أتى بالحفظ ، ولكن بأمر المالك ، لا بأمره .

قوله : المالك لم يعين المكان - قلنا : صريحا أم بدلالة الغرض ؟ م ع . وهذا لأن الغرض هو الحفظ الكامل عادة ، وذلك بالحفظ في المصر عادة ، فيكون مقيدا به دلالة كما في النقود^(٢) .

ولكن سلمنا أنه لو يوجد الالتزام ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ . وهذا لأن الاستهلاك وإن لم يوجد مباشرة وجد تسييبا ، لأن السفر مظنة المخاطرات والغارات - قال عليه السلام : « المسافر وماله على قَلَّتْ^(٣) إلا ما وقاه الله » والاستهلاك بطريق التسييب / موجب للضمان ، كمن حفر بئرا على الطريق .

(١) في الأصل كنا : « التعقيد » .

(٢) كنا في الأصل .

(٣) في محار الصحاح : « القَلَّتْ يفتحون الهلاك وباب طرب . وقال أعرابي : « إن المسافر ومتاعه لعل قَلَّتْ إلا ما وقى الله - قلت : وهكذا رواه الأخرى أيضا ولا أعرف أحدا من أئمة اللغة =

الجواب :

قوله : أمن الطريق . في المستقبل لم يوجد غالبا - قلنا : الظاهر وجوده لقوة السلطان ومنعة المسلمين ودفع الرقعة .

وأما توجه الجماعات من القاصدين ، فذاك يندر وجوده ، فلا يعتبر ^(١) .

قوله : أقي بالحفظ الكامل أم بالحفظ الناقص ؟ - قلنا : بالحفظ الكامل .

قوله : الحفظ في المصر أكمل - قلنا : بلى ^(٢) ، ولكن من حيث الوصف ، لا من حيث الذات .

وهذا يكفي لصحة التقييد : أما بدون التقييد فأصل الحفظ يدخل في الأمر كما في الدارين .

قوله : بأن غرضه الحفظ البالغ - قلنا : لو كان غرضه ذلك لنص عليه بالحفظ في المصر ، لأنه ممكن . فإذا أطلق كان غرضه مطلق الحفظ .

قوله : جرت العادة بالحفظ في المصر - قلنا : بلى ، ولكن الاعتبار للفظ لا للعمل ، واللفظ مطلق .

قوله : وجد الاستهلاك بطريق التسبيب - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن التسبيب إلى الاستهلاك هو الفعل المفضي إلى الهلاك غالبا ، ولم يوجد لأن الطريق آمن .

قوله : بأن السفر مظنة المخاطر - قلنا : في حالة الأمن لا نسلم بأنه مظنة المخاطر .

وأما الحديث - فإنه استثنى « إلا ما وقاه الله » وهو حالة الأمن ، والكلام فيما إذا كان الطريق آمنا غير مخوف .

= يرويه حديثنا كما يرويه بعض الفقهاء في كتبهم . والمَقْلَةُ المهلكة . وفي المعجم الوسيط : قَلِتْ قلنا تعرض للهلاك .

(١) غير ظاهرة في الأصل . وقد تكون : « فلا يعتبر » أو « فلا يعد » .

(٢) في الأصل كنا : « بلا » .

١١٦ - [مسألة^(١)] : إذا هلك المستعان في يد المستعير لا يضمن في أي حال هلك .

والوجه فيه - أن وجوب الضمان موقوف على الالتزام أو الاستهلاك ، ولم يوجد - فلا يضمن ، قياساً على الوديعة .

وإنما قلنا : إنه لم يوجد الالتزام - لأن الإعارة عقد تبرع ، لا عقد ضمان ومعاوضة ، فلا يدل على الالتزام وضعه^(٢) .

وإنما قلنا إنه لم يوجد الاستهلاك - لأن الاستهلاك إنما يكون بالإعجاز ، وذلك بإثبات اليد المانعة ، ولم توجد .

فإن قيل : التعليل ينتقض بالمقبوض بسوم^(٣) الشراء ، فإنه مضمون وإن لم يوجد الالتزام / أو الاستهلاك .

ثم نقول : لا نسلم بأن الإعارة عقد تبرع ، بل هو عقد ضمان ، لأن بالناس حاجة إلى الإعارة والاستعارة ، فلو لم يشرع عقد ضمان يمتنع الناس عن الإعارة ، خوفاً من الهلاك بلا ضمان ، فتعطل المصالح ، فعلم أنه وجد الالتزام .

ولكن سلمنا أنه لم يوجد الالتزام - ولكن لم قلّم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ .

قوله : الاستهلاك بالإعجاز ، وذلك بإثبات اليد المانعة - قلنا : لا نسلم . وهذا

(١) لم ترد هنا كلمة « مسألة » ولعل ذلك لأن الوارد هنا مسألة واحدة - وقد أضفناها اتباعاً لمنهج المؤلف في الكتاب .

(٢) كذا في الأصل . ولعل المقصود « شرعه » وسيأتي بعد قليل : « .. فلو لم يشرع عقد ضمان ... » . >> سيم

(٣) سيأتي في « الجواب » .. « على سوم » .

لأن الإعجاز قد يحصل بإثبات اليد المانعة ، [وقد] يحصل بالاستيلاء على المثل وشغله بالانتفاع ، غاية ما في الباب أنه مأذون في الانتفاع ، ولكن انتفاع ينتهي إلى الرد ، لأن الظاهر أنه لا يرضى بالإهلاك .

ثم هذا معارض بما روى صفوان بن أمة أن النبي ﷺ استباعر منه أذراعا^(١) يوم حنين فقال : أغضب يا محمد ؟ قال : « بل عارية مضمونة » رواه أبو داود^(٢) . وعن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٣) رواه أبو داود وأبو عيسى وابن ماجه . وعن أنس عن النبي ﷺ أنه قال : « العارية مؤداة ولمنحة مردودة »^(٤) ولا يقال بأن المراد من قوله « مضمونة »^(٥) ضمان الرد لا ضمان القيمة ، لأننا نقول : ضمان الرد مستفاد بقوله « مؤداة »^(٦) فوجب حمل قوله « مضمونة » على ضمان القيمة . وقوله : « حتى تؤدي »^(٧) فأداء القيمة قائم مقام أداء العين عند المعجز .

وكذا روى أن النبي ﷺ كتب إلى بني نجران : « ما يعار رسل فهلكت على أيديهم فضمناها عليهم »^(٨) .

(١) في الأصل كأنها : « أذراعا » . وفي المعجم الوسيط . الترع الزردية وهي قميص من حلقات من الحديد متشابكة بلس وقاية من السلاح . ولجمع أذراع وأذرع ودروع .

(٢) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٧٥٢ ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٠ ص ٩٠٢ . وفيها : « دروعا » .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ٧٤٩ ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٣٧ ص ٨٩٨ : « حتى تؤديه » وأيضا : انظر في الأول رقم ٧٥١ ص ١٣٥ وفي الثاني ٨٣٩ ص ٩٠١ .

(٤) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٧٥١ ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٣٩ ص ٩٠١ . (٥) في حديث صفوان .

(٦) في حديث أنس .

(٧) في حديث سمرة .

(٨) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٥١ ص ١٣٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٣٩ ص ٩٠١ .

الجواب :

أما المقبوض على سوم الشراء ، فلأن الاستيلاء وسيلة إلى العقد ، فالتحقق بحقيقة العقد ، والبيع عقد معاوضة وضمنان .

قوله : بأن الناس حاجة إلى الإعارة والاستعارة - قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأن هذه الحاجة لا تندفع إلا بالضمان ؟ .

قوله : يتمتع الغير خوفاً من الهلاك - قلنا : لا يتمتع ، لأن الهلاك نادر والداعي إلى الإعارة^(١) قائم ، وهو الثواب والثناء .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد الاستهلاك ؟ - قلنا : لأن يده ليست بمعاملة ، فكان المالك قادراً على الانتفاع به .

قوله : بأنه انتفع بالجهل^(٢) وشغله باستعمال نفسه - قلنا : بلى ، ولكن على تقدير أن لا يريد المالك الانتفاع به ، فإذا أراد فإنه يتنبأ له ذلك .

وأما الأحاديث :

أما حديث صفوان - قالوا : المراد منه ضمان الرد ، لا ضمان القيمة .

وهو المراد بحديث سمرة - والله أعلم بذلك .

وكذلك حديث أنس .

ويجوز أن يكون البعض تفسيراً للبعض .

وحديث بنى نجران قالوا : المراد منه الإهلاك ، ولا كلام فيه .

(١) في الأصل كذا : « الإعارة » .

(٢) الواو غير واضحة .

كتاب الصيد

١١٧ - مسألة : متروك التسمية عامدا عند الذبح . لا يحل أكله ، خلافا له .

والوجه فيه - قوله الله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مما لم يُذَكَّرْ اسمُ اللَّهِ عليه ﴾ ^(١) : نهي الله تعالى عن أكل ما لم يُذَكَّرْ اسم الله عليه ، والنهي للتحريم .

فإن قيل : الآية نزلت في الميتة ، فإن سبب نزولها أن الكفار كانوا يجادلون ويقولون : تأكلون ما أمتموه ولا تأكلون ما أماته الله - فأُنزل الله هذه الآية ردا عليهم .

دل عليه قوله : ﴿ وإنه لفسق ﴾ و ﴿ إنكم لمشركون ﴾ وذلك بأكل الميتة ، لا بهذه ^(٢) .

ولئن سلمنا أن المراد منها الذبيحة ولكنه قال : لم يُذَكَّرْ اسم الله عليه بلفظ المجهول ، وذلك يقتضي ذكر شخص ما في حالة ما - فلم قلّم بأنه لم يوجد ذلك ؟ .

ولئن سلمنا أن المراد ذكر الذابح ، ولكن النص ذكر ﴿ مما لم يُذَكَّرْ ﴾ بكلمة « من » ^(٣) وإنها للتبعض فكان المراد البعض وذلك غير معلوم .

ولئن سلمنا أن المراد كل الذابح - ولكن لم قلّم بأنه لم يُذَكَّرْ اسم الله ؟ وهذا لأن الذكر كما يكون باللسان يكون بالقلب ، لأن ضده وهو النسيان بالقلب وقد وجد ههنا ، لأن ترك التسمية باللسان عامدا لا يتصور إلا بالذكر بالقلب .

(١ - ٢) الأنعام : ١٢١ - ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مما لم يُذَكَّرْ اسمُ اللَّهِ عليه وإنه لفسق وإن الشياطين ليوحون إلى أوليائهم ليجادلوك وإن أطمعهم إبليس لمشركون ﴾ - انظر : الشوكاني ، فتح القدير ، ٢ : ١٥٧ - ١٥٨ .

(٣) « من » المضافة في « مما » . وفي المعجم الوسيط : أن من معاني « من » التبعض . وفي القرآن الكريم ﴿ حتى تنفقوا مما تحبون ﴾ ويمكن أن يذكر موضعها كلمة « بعض » مثل : « منهم من أحسن ومنهم من أساء » .

ولكن سلمنا أن المراد هو الذكر باللسان ، ولكن حقيقة أم حكما ؟ ع م - وهذا لأنه وجد الذكر باللسان حكما ، لأنه مسلم . وقد سئل النبي ﷺ / عن متروك التسمية ناسيا - فقال : كلوه ، فإن تسمية الله تعالى في قلب كل مؤمن^(١) ، فصار كذبيحة الأعرس والناسي^(٢) .

ولكن سلمنا أنه متروك التسمية ، ولكن لم يحرم أكله ؟ .

قوله : النهي للتحريم - قلنا : كما هو للتحريم ، فهو للكره أيضا ، وحمله على الكراهة أولى : كى لا يلزم التخصيص في الناسي .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ كلوا مما في الأرض ﴾^(٣) - الآية ﴿ - وقوله تعالى : ﴿ إلا ما ذكركم ﴾^(٤) وهو الذبح . وقوله تعالى : ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلى ... ﴾^(٥) - الآية ﴿ .

الجواب :

وأما سبب نزول [الآية]^(٦) - قلنا : مُسَلَّم أن سبب نزولها ما ذكرتم ، ولكن لا يمنع صرف ظاهر النص إلى متروك التسمية ، والعبارة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب

(١ - ٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٥٨ ص ٢١٠ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦٢ ص ١٤١٣ - ١٤١٤ .

(٣) البقرة : ١٦٨ - ﴿ يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالا طيبا ولا تتبعوا خطوات الشيطان إنه لكم عدو مبين ﴾ .

(٤) المائدة : ٣ - ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخقة والموقوفة والمتردة والطليحة وما أكل السبع إلا ما ذكركم وما ذبح على النصب ... ﴾ .

(٥) الأنعام : ١٤٥ - ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم ﴾ .

(٦) وهي ١٢١ من الأنعام : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ راجع فيما تقدم الماش ١ - ٢ ص ٢٨٠ . وراجع أيضا : ١١٨ و ١١٩ من الأنعام .

وآكل متروك التسمية عامدا فاسق ، إلا أنه لا ترد شهادته . وأما الشرك ، فإنه يثبت بطلاعة المجادل في حل الميتة ^(١) .

قوله : « لم يذكر اسم الله » يقتضى ذكر ما ، في حالة ما - قلنا : المراد : ما لم يذكر اسم الله عليه من جهة الذابح في حالة الذبح ، لأن ذكر غير الذابح أو في غير حالة الذبح مما لا يقف عليه الآكل ، فلا يقدر على الانتهاء عنه .

قوله : المراد منه : بعض ما لم يذكر اسم الله عليه - قلنا : المراد منه : كل ما لم يذكر اسم الله عليه ، لأن كلمة « من » ههنا للتمييز وبيان الجنس ^(٢) وإنه لتأكيد النهي ^(٣) ، على أن تحريم بعض منكر تحريم الكل .

قوله : الذكر كما يكون باللسان ، يكون ^(٤) بالقلب - قلنا : بلى ، ولكن المراد منه الذكر باللسان ، لأن الله تعالى قال : ﴿ ما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ والذكر عليه لا يكون إلا باللسان ، لأنه يكون بالقصد ، فلا يتصور بالقلب .

قوله : وجد الذكر باللسان حكما ، لأنه مسلم - قلنا : الأصل اعتبار الحقيقة إلا عند الضرورة والعذر ، وذلك في الأعراس والناسي - أما ههنا بخلافه .

قوله : لم قلّم بأن النهي للتحريم - قلنا : لأن النهي طلب الامتناع عن المنهى عنه ، وذلك لا يكون إلا بالتحريم .

قوله : حمّله على الكراهة أولى ، كى لا يلزم تخصيص الناسي - قلنا : لو حملناه على الكراهة يلزم تخصيص الناسي / أيضا ، لأن متروك التسمية ناسيا لا يكره أكله ، لما روى من الحديث .

١/١٠١

(١) راجع : الشوكاني ، فتح القدير ، ٢ : ١٥٧ - ١٥٨ .

(٢ - ٣) في المعجم الوسيط : أن من معاني « من » : الفصل والتمييز وهي الداخلة على ثانی المتضادين كقوله تعالى : ﴿ والله يعلم المفسد من المصلح ﴾ ومن معانيها أيضا تأكيد العموم وهي الزائدة في نحو : ما جاءني من أحد - ويشترط أن يتقدمها نفى أو نهي أو استفهام بـ « بلى » ، وأن يليها نكرة نحو « ما على المحسنين من سبيل » .

(٤) في الأصل : « عقول » .

وأما قوله : ﴿ كلوا مما في الأرض ﴾ ^(١) عام ، وما تلونه خاص ، والخاص يقضى على العام ، لما عُرف .

وأما قوله : ﴿ إلا ما ذكيم ﴾ ^(٢) فالتذكيم هو الذبح على التسمية .

على أن ما تلونه إن كان مقدما كان بهذا منصرفا إليه وبيانا له . وإن كان متأخرا كان مثنى للزيادة .

وأما قوله : ﴿ قل لا أجد ﴾ ^(٣) ليس المراد منه حصر المحرمات هـ بدليل أن الكلب حرام وهو غير مذكور فيه ، بل المراد نفى الحرمة عما سوى [المذكورات] ^(٤) ردا على الكفار فيما اعتقدوه .

١١٨ — مسألة : الجنين لا يتلوى بذكاة ^(٥) الأم .

والوجه فيه - أن ذبح الأم ليس بسبب لخروج الدم عن الجنين ، فلا يحل به الجنين ، قياسا على ما إذا خرج حيا ثم مات .

وإنما قلنا ذلك - لأنه يتصور بقاء الجنين حيا بعد ذبح الأم .

(١) البقرة : ١٦٨ - راجع الهامش ٣ ص ٢٨١ .

(٢) المائدة : ٣ . راجع الهامش ٤ ص ٢٨١ .

(٣) الأنعام : ١٤٥ . راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٢٨١ .

(٤) « للمذكورات » غير واضحة كلها في الأصل . قال الشوكاني في فتح القدير ؛ ٢ : ١٧٢ : « أمره الله سبحانه بأن يخبرهم أنه لا يجد في شيء مما أوحى إليه محرما غير هذه المذكورات ، فدل ذلك على انحصار المحرمات فيها لولا أنها مكية ، وقد نزل بعدها بالمدينة سورة المائدة ونهى فيها على هذه المحرمات المنخقة والموقوفة والتردية والنطحة . وصح عن رسول الله ﷺ تحريم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وتحريم الحمر الأهلية والكلاب ونحو ذلك وبالجملة فهذا العموم ... » .

(٥) الذكاة الذبح أو النحر . وفي الحديث « ذكاة الجنين ذكاة أمه » للمعجم الوسيط . وكذا بلوغ المرام : رقم ١١٥٧ ص ٢١٠ وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦١ ص ١٤١١ - ١٤١٢ .

ولو كان ذبيح الأم سببا لخروج الدم عن الجنين لما تصور بقاؤه حيا . وإذا بقي الدم في الجنين اختلط باللحم بحيث لا يمكن التمييز بينهما ، والدم حرام ، لقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾ ^(١) ، وما لا يمكن تناوله إلا بتناول الحرام ، كان حراما ضرورة .

فإن قيل : لا نسلم بأن الجنين إذا بقي فيه الدم يكون حراما .

وأما النص - قلنا : المراد منه - والله أعلم - الدم المسفوح ^(٢) ، لأنه وإن كان مطلقا ولكن وجد نص مقيد وهو قوله تعالى : ﴿ أو دما مسفوحا ﴾ ^(٣) والمطلق يحمل على المقيد ، كما قلنا في الرقيق ^(٤) .

ولئن سلمنا أن النص يقتضي تحريم مطلق الدم ، ولكن الله تعالى استثنى المذكي بقوله : ﴿ إلا ما ذكيم ﴾ ^(٥) والجنين مذكي بالذكاة الاضطرارية ، وهي ذكاة الأم ، كما أن المرح ذكاة الصيد . ولأن كون الحمل حلالا أو مذكي أمر حكمي ، لأنه عبارة عن الطهارة الشرعية ، فيسرى إلى الولد بالتبعية ، كالرق والحرية فيكون الجنين مذكي بذكاة الأم حكما .

(١) للمائدة : ٣ - راجع الهامش ٢ ص ٢٨٣ .

(٢) سفح الدم سحبا وسفوحا مفك - المعجم الوسيط .

(٣) الأنعام : ١٤٥ - راجع فيما تقدم الهامش ٣ ص ٢٨٣ و ٥ ص ٢٨١ .

(٤) راجع « كتاب العتاق » فيما تقدم ص ١٤٤ وما بعدها و « كتاب الأيمان » ص ١٨١ وما بعدها - قال السمرقندي في التحفة ، ٢ : ٣٩٥ - ٣٩٧ : « والفصل الثالث - إعتاق الحمل . والأصل فيه أن الحمل يعتق بإعتاق الأم تبعاً ، يعتق بإضافة العتق إليه مقصودا أيضا ، لأنه أصل من وجه ، تبع من وجه ... » وانظر فيما يلي ص ٢٨٥ ... » .

(٥) للمائدة : ٣ - راجع فيما تقدم الهامش ٢ ص ٢٨٣ - ول المعجم الوسيط : ذكي الشاة ونحوها ذمها .

ثم هذا معارض بما روى أبو سعيد الخدري / عن النبي ﷺ أنه قال : ذكاة الجنين ذكاة أمه ^(١) - روى أبو عيسى الترمذي « حين سئل عليه السلام : إنا ننحر الجزور ونخرج من بطنها جنين ميت ، فلفقيه ^(٢) أم نأكله ؟ فقال : كلوه ، فإن ذكاة الجنين ذكاة أمه » .

الجواب :

قوله : بأن النص مطلق قابله مقيد - قلنا : لا تمسك بإطلاقه بل بعمومه .

قوله بأن الجنين مذكي - قلنا : لا نسلم .

وأما الذكاة الاضطرابية والاحتياوية فهي [تفيد] الحل [إذ] وجد خروج الدم المنجس ^(٣) : فيحل - أما ههنا بخلافه .

قوله : كونه مذكي أمر حكمي فيسرى إلى الولد - قلنا : كونه تبعا له : إن كان يقتضي الحل فقيام الدم به يوجب الحرمة مقصودا ، فلا يثبت حكم التبعية ، كقول الرقيق : إذا أعتق : لا يثبت الرق فيه ^(٤) تبعا - كذا هنا .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه التشبيه .

والله أعلم .

١١٩ - مسألة : لحم الحيل مكروه كراهة تحريم .

والوجه فيه - قوله تعالى ﴿ وَالْحَيْلُ وَالْبِغَالُ وَالْحَمِيرُ لَكُمْ ذِكْرُهُمْ ﴾ ^(٥) - فقول :

(١) راجع فيما تقدم الفاش ٥ ص ٢٨٣ .

(٢) في المعجم الوسيط : ألقى الشيء طرعه .

(٣) كذا في الأصل « المنجس » .

(٤) راجع فيما تقدم الفاش ٤ ص ٢٨٤ . والنسخة ٢ : ٣٩٥ .

(٥) النحل : ٨ .

الآية خرجت. مخرج الامتنان بذكر النعم ، والله تعالى ذكر الامتنان بنعمة الركوب والزينة . وترك الامتنان بنعمة الأكل . ولو كان حل الأكل ثابتا لما ترك الامتنان به ، لأن نعمة الأكل فوق نعمة الركوب والزينة ، لأن نعمة الأكل يتعلق بها البقاء دون غيرها ، ولا يحسن من الحكيم ترك الامتنان بذكر أعلى التمتع والامتنان بذكر أدناها ، فيحرم أكله .

فإن قيل : قولكم بأن الحكيم لا يترك الامتنان بأعلى التمتع ويذكر أدناها - قلنا : المراد من النص ، والله أعلم ، ذكر الامتنان بنعمة مختصة بالخيول والبغال والحمير ، وذلك هو الحمل والركوب والزينة . أما نعمة الأكل [ف] لا تختص هذه الأشياء [بها] ، بل هي ثابتة في غيرها ، فترك الامتنان لا يدل على الحرمة .

ولكن سلمنا أن المقصد من النص الامتنان بمطلق النعمة ، ولكن لا نسلم بأن نعمة الأكل فوق نعمة الركوب والحمل .

قوله : بأنه يتعلق بها البقاء - قلنا : نعم ، ولكن غرضه يسد مسده وهو البقر والغنم . ١/١٠١ أما منفعة الركوب والزينة في الخيل / [ف] منفعة لا يسد غيرها مسدها .

ثم التعليل معارض بالعمومات التي تثبت في متروك التسمية ، وبالحديث . وهو ما روى عن جابر بن عبد الله^(١) : « أن رسول الله ﷺ نهي عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل »^(٢) أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين .

(١) جابر بن عبد الله هو أحد المكلفين الرواية عن رسول الله ﷺ . ومن روى عنهم أبو بكر وعمر وعلي وأبو عبيدة ومعاذ . وروى عنه جماعات من أئمة التابعين منهم سعيد بن المسيب وعطاء وعمر بن دينار . وقد تولى بالمدينة سنة ٧٣ وقيل سنة ٧٨ وقيل سنة ٦٨ . وهو ابن أربع وتسعين سنة - النووي ، التهذيب .

(٢) - انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٣٥ ص ٢٠٦ . وسبل السلام : ٤ ، رقم ١٢٣٩ ، ص ١٣٨٧ .

الجواب :

أما قوله بأن المقصد منه الامتنان بالمنافع المختصة بهذه الأشياء - قلنا : وجه الامتنان لا يتعلق باحتصاص هذه المنافع بهذه الأشياء ولا يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ، على أن منفعة الركوب والزينة لا تختص بهذه الحيوانات بل توجد في غيرها وهو الجميل (١) .

قوله : لم قلتم بأن منفعة الأكل فوق غيرها - قلنا : لأنه يتعلق بها البقاء .

قوله : بأن غير الخيل يسد مسدها - قلنا : وغير الخيل (٢) أيضا يسد مسد الركوب والزينة على ما ذكرنا . فإذا ترك ذكر نعمة الأكل دل على حرمة الأكل .

وأما الحديث - قالوا بأنه معارض بقوله تعالى : ﴿ والعاديات ضبحا ﴾ (٣) - أقسم بالخيل لكونه آلة الجهاد ، فلا يجوز أكله تعظيما له .

(١) في الأصل كنا « الحمل » .

(٢) في الأصل كنا : « الخليل » .

(٣) العاديات : ١ . وضجت الخيل صوت أنفاسها في جوفها حين العدو - المعجم

الوسيط . وانظر : الشوكاني ، فتح القدير ، ٥ : ٤٨١ - ٤٨٢ .

[١٤ مكررا - الأضحية]

١٢٠ - مسألة : الأضحية واجبة على الأغنياء البالغين المقيمين .

والوجه فيه - ما روى عن البراء^(١) بن عازب قال : خطبنا النبي ﷺ يوم الأضحية بعد الصلاة فقال : « من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك . ومن نسك قبل الصلاة فلا نسك له . فقال : أبو بردة بن نيار^(٢) خال البراء : يارسول الله : إني نسكت شاتي قبل الصلاة وعرفت أن اليوم يوم أكل وشرب وأحببت أن تكون شاتي أول ما يذبح في بيتي فلذكت شاتي وتغديت قبل أن آتي الصلاة قال شاتك شاة لحم . قال يارسول الله : فإن عندنا عتاقا^(٣) هي أحب إلى من شاتين أعتجزىء عني ، قال نعم ، ولن تجزىء عن أحد بعدك » متفق على صحته .

٢/١٠٢ : وروى جرير بن عبد الله / البجلي^(٤) : قال : صلى ﷺ يوم النحر ثم خطب ثم ذبح وقال : « من ذبح قبل أن يصل فليذبح أخرى مكانها ومن لم يذبح فليذبح باسم

(١) في الأصل كلما : « البر » - وانظر : ابن قدامة ، المغني ، ٨ : ٦٣٧ . استصغره رسول الله ﷺ يوم بدر وجماعة . وقيل أول غزوة شهدها الخندق . وقيل إنه افتتح الرى سنة ٢٤ صلحا أو عنوة . وشهد مع علي كرم الله وجهه الجمل وصفين والنهروان ثم نزل الكوفة ومات بها أيام مصعب بن الزبير - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) أبو بردة بن نيار اسم هاني بن نيار وهذا قول أهل الحديث وقيل هاني بن عمرو وهذا قول أبي إسحاق . وقيل بل اسمه الحارث بن عمرو . كان رضي الله عنه عقيقا يدينها شهد العقبة الثانية مع السبعين في قول موسى بن عقبة وابن إسحاق والواقدي وأبو معشر . شهد بدرًا وسائر المشاهد وكانت معه راية بنى حارثة في غزوة الفتح . قال الواقدي : تولى في أول خلافة معاوية بعد شهوده مع علي حربه كلها - ابن عبد البر - الاستيعاب .

(٣) العتاق الأتني من أولاد للعيز والغتم حين الولادة إلى تمام الحول - المعجم الوسيط .

(٤) جرير بن عبد الله البجلي . يكنى أبا عمر وقيل أبا عبد الله . وقيل إنهم من ولد أنمار بن نزار . وأمههم بجيلة نسبوا إليها وهي بجيلة بنت صعب بن علي بن سعد المشيرة . قال ابن إسحاق : كان سيد قبيلته . أسلم في العام الذي تولى فيه رسول الله ﷺ . ونسب إليه قوله : إنه أسلم قبل =

الله» (١) متفق على صحته : أمر ، والأمر يقتضى الوجوب .

فإن قيل : لا نسلم بأن الأمر للوجوب .

ولئن سلمنا أن الأمر للوجوب ، ولكن يجوز حمله على التذنب إذا دل الدليل ، وقد دل الدليل ، وهو الكتاب والسنة والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ والبدن جعلناها لكم ﴾ (٢) وكونه مشروعا لنا ينفي كونه واجبا علينا .

أما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « ثلاث كتبت على وهى لكم سنة » وفى رواية « ولم تكتب عليكم : الوتر والضحي والأضحى » (٣) وقوله عليه السلام : « ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم » والسنة لا تكون واجبة .

= موت رسول الله ﷺ بأربعين يوما . قبل بعثه رسول الله ﷺ إلى ذى كلاع وذى رعين باليمن . نزل الكوفة وسكنها ومات سنة ٥٤ أو ٥١ . وكان رسول الله ﷺ على رضى الله عنه إلى معاوية رحمه الله ، فحبسه مدة طويلة . ثم رده برق مطبوع غير مكتوب . وروى عنه أنس بن مالك وقيس بن أبي حازم وغيرهما - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(١) الحديث وهو قوله عليه السلام : « من ذبح قبل الصلاة فليد ذبيحته . ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » وقال عليه السلام : « إن أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » الهداية : ٤ : ٥٣ - ٥٤ .

وانظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٦٠ و ١١٦١ ص ٢١١ . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٢٦٥ و ١٢٦٦ ص ١٤١٦ - ١٤٢٠ . وفى سبل السلام ، ٤ : ١٤١٨ : « .. عن جندب بن سفیان هو أبو عبد الله جندب بن سفیان البجلي اللخمي الأحمسي » . وابن قدامة ، المغنى ، ٨ ، ٦٣٧ .

(٢) الحج : ٣٦ - ﴿ والبدن جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير ﴾ .

(٣) فى سبل السلام ، ٤ : ١٤١٧ : « .. أخرجه البيهقى أيضا من حديث ابن عباس أنه قال ﷺ : « ثلاث من عمل فرض ولكم تطوع ، وعد منها الضحية .. » وأخرجه أيضا من طريق آخرى بلفظ : « كتب على النحر ولم يكتب عليكم » وفى ابن قدامة ، المغنى ، ٨ : ٦١٨ : « .. روى الدارقطنى عن ابن عباس بإسناده عن النبي ﷺ قال : « ثلاث كتبت على وهى لكم تطوع » وفى رواية « الوتر والنحر وركعتا الفجر » .

(طهارة الخلال فى الفقه - م ١٩)

وأما الحكم - فإنه يحل تناول لحم الأضحية ، فلو كان [ت] واجبة لكانت واجبة خالصة لله تعالى ، لقوله عليه السلام : « من عمل عملاً أشرك فيه غيرى فهو للذى أشرك » وحل الأكل منه ينفي الخلوص لله . ولأننا أجمعنا على أنه لو فاتت عن وقتها لا يجب القضاء ، ولو كانت واجبة لوجب القضاء كسائر الواجبات . وكذلك أجمعنا على أنه لا يجب على المسافر ، ولو كانت واجبة لوجب عليه ، لأنها عبادة مالية لا تسقط بالسفر ، كالزكاة وصدقة الفطر .

الجواب :

أما الآية - قلنا : لا نسلم بأن كونه واجبا علينا ينافي كونه مشروعاً ، بل يقرره ، لأن المقصود من إيجابها إقامة المصالح للعباد ، فلا ينفي كونه واجباً علينا .

وأما الحديث الأول والثاني - فصميته سنة لا ينفي الوجوب ؛ لأن الواجب يسمى سنة بمعنى أنه طريق رسول الله ﷺ .

على أن ما رويناه من الأحاديث متفق على صحتها ، فلا يعارضها الحديث الضعيف .

قوله : يحل الأكل منه - قلنا : بلى ، ولكن لِمَ ينفي الوجوب ؟ .

قوله : الواجب ما يكون خالصاً لله - قلنا : هذا باطل بالزكاة ، فإنها فريضة شرعت / لنفع العباد - كذا هذا / على أن الواجب فيه إراقة الدم لا غير . ١/١٠٣

قوله : لو فاتت لا يجب قضاؤها - قلنا : هذا باطل بالجمعة ، فإنها واجبة ، ولو فاتت لا يجب قضاؤها ، لأن الجمعة عبارة عن ركعتين مع الخطبة ، على أنه يجب التصديق بقيمته .

وأما عدم الوجوب على المسافر فلأن الإقامة من^(١) شرطه ، كالجمعة .

(١) قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ١١٣ : « قال أصحابنا : إن الأضحية واجبة على المقيمين من أهل الأنصار والقرى والبادى ، من الأعراب والتركمان .. وأجمعوا أنها لا تجب على المسافرين » .

١٢١ - مسألة : هبة المشاع فيها يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد^(١) الملك قبل القسمة . وعنده تامة^(٢) .

وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة ، كالعبد والداية ، تامة .
والوجه فيه - أن هذه الهبة لو أفادت الملك قبل القسمة لا يخلو : إما أن تفيد ملكا
يمكنه من جميع الانتفاعات المختصة بالملك في هذا المحل المتحققة قبل القسمة وبعدها ،
أو تفيد ملكا يمكنه من الانتفاعات التي [تـ] تحقق قبل القسمة دون ما يتحقق
بعد القسمة .

لا وجه للأول - لأن الانتفاع الذي^(٣) لا يتعلق بالقسمة لا يتحقق إلا بعد
القسمة . ولو تمكن من ذلك ، لبث له ولاية طلب القسمة ، وليس له ذلك
بالإجماع .

ولا وجه للثاني - لأن الملك في كل محل ، ما شرع إلا مفيدا ولاية كل الانتفاعات
المشروعة التي يقبلها المحل .

فإن قيل : لم قلتم بأنه لا يجوز أن تفيد ملكا يمكنه من جميع الانتفاعات قبل القسمة
وبعدها ؟

قوله : لأنه حينئذ يثبت له ولاية طلب القسمة وليس له ذلك - قلنا : لا نسلم
بأنه ليس له ذلك . ودعوى الإجماع باطل ، بل له ذلك .

(١) في الأصل : « لا يتم ولا تفيد .. » انظر العبارة التالية .

(٢) راجع : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ٢٥٧ وما بعدها والخامش ١ ص ٢٩٤ فيما على .

(٣) في الأصل : « التي » .

بيانه : إن حق طلب القسمة للموهوب له إما يُثبت تملك الموهوب له الباقي بعد الهبة (١) ، والملك الباقي بعد الهبة غير مضاف إلى الهبة حتى يكون حق الطلب مضافا إلى الهبة . وهذا لأن الملك إما يفيد له ولاية طلب القسمة ليتمكن من الانتفاع به على الكمال وهذا إما يكون في الزمان الثاني من زمان الهبة . وبقاء الملك لا يضاف إلى الهبة ، لأن المضاف / إلى السبب ثبوت الحكم لا بقاؤه . ٢/١٠٣ .

والدليل على ثبوت ولاية طلب القسمة أنه لو وهب كل الدار من رجل ، ثم رجع في النصف شائعا ، جاز عندكم ويبقى للموهوب له الملك في النصف الشائع بالهبة على وجه يفيد ولاية طلب القسمة - دل عليه أنه لو أوصى بثلاث داره شائعا ، يصح وثبت الملك قبل القسمة ، ولا فرق بين الهبة والوصية إلا من حيث إن هذا تملك في الحال وذاك تملك عند الموت .

فإذا كان المشاع قابلا للملك في الوصية ، كان قابلا له في الهبة .

ولكن سلمنا أنه لا يثبت ملك يمكنه من جميع الانتفاعات ، لم لا يثبت ملك يفيد (٢) ولاية الانتفاعات التي تتحقق قبل القسمة .

قوله : لم يشرع ذاك - قلنا : لا نسلم ، بل المنقول عن الشافعي ثبوت الملك قبل القسمة ، ولأن فائدة الملك هو الانتفاع ، والانتفاع بالمشاع قبل القسمة متصور انتفاعا يليق به .

ثم التحليل معارض بما روى عن النبي ﷺ أنه لما دخل المدينة نظر إلى موضع

(١) هذا فقد لقوله في المسألة : إن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تم ولا نفيد الملك قبل القسمة . وخلاصة هذا النقد أن الملك في هذه الصورة يثبت بعد القسمة أي بعد الهبة فكيف يضاف إلى الهبة ؟ .

(٢) في الأصل : « تعيد » أو « يفيد » وسيأتي في الجواب التعبير بكلمة « يفيد » .

المسجد فوجده مشتركا بين أسعد بن زرارة^(١) وبين رجلين فاستباع أسعد نصيبهما
ليهب الكل من رسول الله ﷺ فأبى ، فوهب أسعد نصيبه منه وقبل النبي ﷺ .
الجواب :

قوله : إن حق طلب القسمة إنما يثبت بملك الموهوب له ، والملك بعده غير
مضاف إلى الهبة - قلنا : لا نسلم ، بل لزوم القسمة مضاف إلى الهبة ، لأنه حكم
الملك الثابت بالهبة ، فكان مضافا إلى الهبة .

بيانه - أن استحقاق القسمة باعتبار استحقاق الانتفاع على سبيل الكمال ، وإنه
حكم الملك ، والملك حكم الهبة ، فكان مضافا إلى الهبة بواسطة^(٢) .

وأما إذا وهب كل الدار ثم رجع في النصف - قلنا : الملك الثابت للموهوب له في
الكل يفيد ولاية جميع الانتفاعات التي يقبلها المثل . فإذا رجع في النصف شائعا بقى
عين ذلك الملك ، ولم يتغير ، فبقى / مفيدا ولاية القسمة .

١/١٠٤

وأما الوصية - قلنا : الوصية عقد استخلاف لا تملك ابتداء ، فإذا صار الموصى
له خلف المورث كواحد من الورثة ، ثبت له من الملك ما كان ثابتا لمورثه - أما ههنا
بخلافه .

قوله : لم لا يثبت له ملك يمكنه^(٣) من الانتفاعات المتحققة قبل القسمة ؟ قلنا :
لما ذكرنا .

(١) أسعد بن زرارة كان عقيبا نقيبا شهد العقبة الأولى والثانية وباع فيها ومات على رأس سنة
أشهر من الهجرة وسجد رسول الله ﷺ بين يديه يومئذ . وذلك قبل بدر ودفن بالقيع . وهو أول
مدفون من الأنصار به ، وقيل إنه أسلم مع نفر الستة الذين سقوا قومهم إلى الإسلام بالعقبة الأولى
- ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٢) وسط الشيء صار في وسطه والوسط طرف بمعنى « بين » . ووسط الشيء فهو واسط
ووسط القدم وفيهم وساطة توسط بينهم بالحق والعدل - المعجم الوسيط .

(٣) في الأصل : « لا يمكنه » وراجع ما تقدم .

قوله : عند الشافعى يجوز - قلنا : ليس كذلك - بل المنقول عنه أن هذه الهبة في إفاضة الملك مثل هبة مشاع^(١) لا يقسم .

وأما الحديث - قلنا : يحتمل أنه وهب ولم يسلم حتى ملك الباقي فسلم^(٢) الكل . وعند ذلك يثبت الملك عندنا .

١٢٢ - مسألة : الهبة من الأجنبي لا تقع لازمة ، حتى يملك الواهب الرجوع فيه . وعنده لازمة . وأما الوالد إذا وهب لولده فالحلاف على عكس هذا . وأجمعوا على أنه لو وهب لزوجته أو لذى رحم محرم منه ، لا يملك الرجوع .

والوجه فيه - أن الهبة عقد قابل للفسخ ، وقد فات غرض العاقد ، فيثبت حق الفسخ ، قياسا على ما إذا اشترى عبدا فوجده معيبا .

وإنما قلنا إنه عقد قابل للفسخ - لأننا أجمعنا على أنهما لو تفاسخا عقد الهبة يفسخ ، ولو لم يكن قابلا للفسخ لما انفسخ .

وإنما قلنا إن غرض العاقد قد فات - وذلك لأن غرض الواهب المجازاة من الموهوب له : إما بطريق التودد أو بطريق المعاوضة ، لأنه لو لم يكن هذا غرضه ، لما أقدم على الهبة ، لما فيه من الضرر . ولو حصل غرضه لما أقدم على الرجوع . ولأن الكلام فيما إذا امتنع الموهوب له عن المجازاة ، فثبت حق الرجوع .

فإن قيل : قولكم بأن غرض الواهب المجازاة المالية^(٣) - قلنا : لا نسلم ، بل

(١) قال في التحفة : ٣ : ٢٥٧ : « وقال الشافعى : هبة المشاع جائزة » (أى مطلقا سواء كان يحمل القسمة أو لا يحمل القسمة) وقال ابن قدامة في المغنى : ٥ : ٦٥٥ : « فصل - وتصح هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعى . قال الشافعى سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن . وقال أصحاب الرأى : لا تصح هبة المشاع الذى يمكن قسمته .. فإذا كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته ... » .

(٢) هذه الكلمة « سلم » غير ظاهرة كلها في الأصل .

(٣) في الأصل : « المال » .

الغرض منه اكتساب الحمد والثناء ، والثواب - هذا هو عادة أغلب الناس ، أما اللعام فلا يبنى الحكم على عاداتهم - دل عليه أنه لو جازاه بشيء يسر لا يبقى له حق الرجوع بالإجماع ، على أن الغرض ما هو الذي^(١) ذكرتم .

٢/١ ٤ ولئن سلمنا أن الغرض ما ذكرتم ، ولكن لم قلتم / بأنه فات غرضه ؟ وهذا لأن الموهوب له ما دام حيا لا يقع اليأس عن المكافأة وصار هذا كما إذا زاد الموهوب زيادة متصلة أو هلك أو مات أحد العاقلين ينقطع حق الرجوع في هذه الصور ، ولو كان حق الرجوع ثابتا لما سقط بهذه الأشياء .

ثم التعليق معارض بالنص والمعقول :

أما النص - [ف] ما روى عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « العائد في هبته كأنه عائد في قبته »^(٢) متفق على صحته . وروى أبو داود وأبو عيسى بإسنادهما عن عبد الله بن عباس يرفعان الحديث إلى النبي ﷺ قال : « لا يحل لأحد يعطى عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده » - زاد أبو داود « ومثل الذي يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قبته »^(٣) .

وأما المعقول - وهو أن الرجوع في الهبة إبطال ملك معصوم بغير رضا المالك : لأن^(٤) ملكه قد تم . ولهذا لو كانت جارية حل له وطؤها ونفذ إعتاقها ، فلا يجوز إبطال ملكه المعصوم ، كسائر أملاكه ، وصار هذا كهبة المحارم .

(١) في الأصل قد تكون « للذي » مع اشتباك الحروف يحضها - انظر العبارة التالية .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ٧٨٧ ، ص ١٤٢ : « العائد في هبته كالكلب يقىء ثم يعود في قبته » متفق عليه . وفي رواية للبخاري : « ليس لنا مثل السبيء ، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قبته .

(٣) في بلوغ المرام ، رقم ٧٨٨ ، ص ١٤٢ : « لا يحل لرجل مسلم أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده » وفيه رقم ٧٩٦ ص ١٤٤ : « من وهب هبة فهو أحق بها مما لم يهب عليها » .

(٤) في الأصل كنذا : « إلا أن ملكه » .

الجواب :

قوله : لم قلم بأن غرضه للماوضة ، بل غرضه الثواب أو الثناء - قلنا : لما أقدم على الهبة وفيها إزالة ملكه الذى يتعلق به مصلحة البقاء ، دل أن غرضه الوصول إلى مصلحة البقاء ، وهذا أبلغ فى السببية من غير [ه] ، فإضافة الأثر إليه أولى .

قوله : بأنه عادة اللقائم - قلنا : لا نسلم ، بل هو عادة أوساط الناس ، والحكم يبنى عليها .

وأما إذا عرضه بشئ يسر - قلنا : لأنه لما قبله علم أن غرضه كان هذا القدر ، أما قبل القبول فلا .

قوله - لم قلم بأنه فات غرضه - قلنا : لأن الواهب لما أقدم على الرجوع دل أن احتمال الوصول إلى غرضه قد فات للأمارات التى دلت عليه ، وليس للواهب المطالبة بالعوض .

وأما إذا ازداد الموهوب - قلنا : لأن ثم تعذر الرجوع لمكان الزيادة التى لم تكن / موجودة عند العقد . ١/١٠٠

وأما إذا مات الواهب - فحق الرجوع ليس مما يورث .

وأما إذا مات الموهوب له - فكذلك طلب العوض^(١) من الوارث لا يجوز .

وأما إذا هلك الموهوب - فلأن الهلك فات .

وأما هبة المحارم ، فلأن الفرض قد حصل ، وهو صلة الرحم - أما هبتها بخلافه .

وأما الأحاديث - قلنا : الأحاديث تقتضى قبح الرجوع - ودل عليه أنه روى فى

(١) فى الأصل قلنا : « العرض » .

رواية أنه شبه بالكلب^(١)، وفعله لا يوصف بالحل والحزمة بل بالقبح ، ونحن نقول به ، ولكن لو فعل صح .

وأما قوله : إنه إبطال ملك معصوم - قلنا : ليس هو ملك لازم ، بل مشروط بشروط خيار الإبطال عند فوات الغرض لما قلنا ، على أنه لا يبطله بنفسه بل بالرافعة إلى القاضى ، فيبطله القاضى^(٢) .

(١) راجع فيما تقدم المامش ٢ ص ٢٩٥ .

(٢) فى المامش كلمتان غير مقروبتين . ولعل المقصود بهما « روجع عليه » كما تقدم فى بعض المواضع .

كتاب اليسوع

١٢٣ - [مسألة] : البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به .

والبيع الفاسد هو بيع الدرهم بالدرهمين ، والبيع بشمن مجهول ، وبالخمر وغيرها .
والوجه فيه - أن مقابلة الدرهم بالدرهمين بقوله « بيعت » و « اشتريت » تصرف
بيخ ، فوجب أن لا يعرى عن إفادة الملك ، قياساً على بيع الدرهم بالدرهم .
ولما قلنا ذلك - لأنه متصور الوجود ، بدليل ورود النهى فيه ، والنهى إنما يكون عن
المتصور ، أما عن المحال فلا .

وإذا كان كذلك وجب أن لا يعرى عن إفادة الملك ، لأن البيع فى الشرع اسم
لنوع تصرف جعل علماً على ثبوت الملك ، وقد وجد .
فإن قيل : قولكم بأنه تصرف بيع - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه متصور - قلنا : لا نسلم . وبيان عدم التصور أن البيع عمليك ، والتملك
بدون الملك لا يتصور ، والملك قبل القبض لم يثبت ، فلا يثبت وقت القبض ، لأنه قول
تلاشى وانعدم .

قوله : نهى والنهى يقتضى التصور - قلنا : لا نسلم بأنه نهى ، بل هو نسخ ، لأنه
أضاف إلى الفعل الشرعى ، فيكون فيها صورة نسخاً معنى .

٢/١٠٥ ولئن / سلمنا أنه نهى ولكن عن البيع أو عن غير البيع ؟ ع - وهو يخالف
مذهبكم ، لأن عندكم النهى عن الشرعيات نهى عن أغيارها^(١) . والثانى^(٢) مسلم ،
ولكنه لا يقتضى تصور البيع .

(١) كنا تبدو الأصل .

(٢) فى الأصل كذا : « والثا » .

ولكن سلمنا أنه تصرف بيع ، ولكن لم قلّم بأنه لا يعرى عن إنادة الملك ؟ .
 قوله : بأن البيع في الشرع اسم لنوع تصرف جعل علما على ثبوت الملك - قلنا :
 كل البيوع أم بعضها ؟ ع م . وهذا لأن سبب الملك هو البيع الصحيح دون الفاسد .
 والدليل على أن هذا البيع لا يفيد الملك ، لأنه يفيد المملك عندكم في القيمة لا في
 المسمى^(١) ، والبيع ورد على المسمى . ولأننا أجمعنا على أنه يستحق نقضه ، ولو كان
 دارا لا يثبت فيها حق الشفعة ، ولو باع بالميتة والدم لا يفيد الملك ، ولو باع الخمر
 بالثوب كان باطلا^(٢) ، وصار كالنكاح الفاسد ، فإنه لا يفيد ملك النكاح - كذا
 هذا . ولأننا أجمعنا على أن البيع لو كان جارية لا يحل له وطؤها - وكل ذلك دليل انتفاء
 الملك .
 الجواب :

أما قوله بأن البيع عمليك ، والمملك يدون الملك لا يتصور - قلنا في الحال أم في
 الجملة ؟ ع م . وعندنا يفيد الملك في الجملة ، وهو ما بعد القبض .
 قوله : بأن هذا نهي أم نسخ ؟ - قلنا : نهي بصيغته حقيقة .
 قوله : النهي عن الفعل الشرعي نسخ ؟ قلنا : بلى ، هو نهي لغوي لا لعينه ، على ما
 عرف .
 قوله : نهي عن عين البيع أو عن غيره - قلنا : سواء كان عن عينه أو عن غيره لا
 يمنع التصور .
 قوله : كل البيوع سبب للملك أم بعضها - قلنا : كلها - لقوله تعالى : ﴿ وأحل
 الله البيع ﴾^(٣) .

(١ - ٢) التعبير الموجود في كتب الفقه - في حدود علمنا : بالقيمة لا بالمسمى -
 انظر - : السمرقندي ، النخبة ، ٢ : ٨٣ - ٨٤ .
 (٣) البقرة : ٢٧٥ . وفي الأصل : « أحل » .

قوله : لا يفيد الملك في المسمى - قلنا : لما ثبت أن البيع يفيد الملك وهنا لا يفيد في المسمى فيفيد في القيمة^(١).

قوله : يستحق نقضه - قلنا : لأنه جاوره الحرام .

وإنما لا تثبت الشفعة لأن هذا الملك واجب النقص .

وأما إذا باع بالميتة - قلنا : هذا ليس ببيع لعدم المال في مقابلته - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا باع الحمر بالثوب - قلنا : ثم أيضا يفيد الملك^(٢).

١/١٠٦ وأما التكااح الفاسد / أيضا - [ف] يفيد الملك ، ولهذا يثبت النسب وتحب العدة^(٣).

وأما حل الوطء - قلنا : إذا ثبت الملك يقع التصرف مباحا في نفسه ، وإن كان حراما لغيره ، كوطء الحائض .

١٢٤ - مسألة : إذا باع قفيز جص بقفيزي جص ، لا يجوز .

والوجه فيه - أن هذا بيع لا يجرى عن المنازعة ، بقضية الدليل ، فوجب القضاء بفساده ، قياسا على قفيز حنطة بقفيزي حنطة .

وإنما قلنا ذلك - لأنه بيع لا يجرى عن الفضل على المساواة عرفا ، لأن القفيز الواحد من الجص مثل القفيز الواحد عرفا ، فكان الزائد فضلا ، فيؤدى إلى المنازعة ، لأن الذى شرط له الفضل يطالبه بالتسليم ، ومن شرط عليه امتنع تحمزا عن الضرر ، فيؤدى إلى

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ - ٢ ص ٢٩٩ .

(٢) راجع : السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ٨٣ وما بعدها .

(٣) راجع السمرقندى ، التحفة ، ٢ : ١٧٤ وما بعدها .

المنازعة ، والمنازعة ضرر ، لما فيها من الإجحاش^(١) ، لأنها مانعة من التسليم والتسلم ، فيفوت الفرض المطلوب من البيع ، فيفسد^(٢) البيع .

فإن قيل : قولكم بأن الفضل يؤدي إلى المنازعة - قلنا : لا نسلم .

قوله : لأن من شرط عليه الفضل يمتنع عن التسليم تحمزا عن الضرر - قلنا : لا نسلم ، بل يقدم على التسليم لاحتمال أن يكون مقابلا بالجودة ، نظرا إلى ظاهر حاله ، لأن العاقل لا يتحمل محض الضرر ، أو يقدم على التسليم إنعاما على صاحبه ، أو لأن عقله ودينه يحمله على التسليم الذي التزمه^(٣) بالعقد .

ولكن سلمنا أنه مفض إلى المنازعة ، ولكن لم قلم بأنه لا يجوز ؟ .

قوله : لأنها مانعة من التسليم والتسلم - قلنا : إنما يمتنع التسليم إذا لم يكن لهذه المنازعة قاطع ، أما إذا كان فلا ، وهذه المنازعة لها قاطع وهو المرافعة إلى القاضي - دل عليه أنه لو باع ما يساوي ألفا بمشرة يصح ، وإن وجد دليل المنازعة وهو الضرر ، لكن لما كان له قاطع لا يفسد - كذا هذا ، وصار كما إذا باع جوزة بجوزتين أو بيضة ببيضتين أو تفاحة بتفاحتين ، فإنه يحق عندكم مع ما ذكرتم .

الجواب :

أما قوله بأنه يستفيد الجودة - قلنا / : عنه جوابان : أحدهما - أننا نفرض الكلام فيما إذا باع الحيد بالجيد والردى بالردى . والثاني - إن صفة الجودة لا تعدم الضرر الناشئ من الفضل ، لأنها لا تبلفه غالبا .

وأما غرض الإنعام - فالعقد لا يدل عليه ، لأنه عقد معاوضة ، لا عقد تبرع .

(١) في الأصل كأنها كذلك دون أى نقط . وأوحش فلان جاع وتقد زاده . والوحشة من الناس الانقطاع وبعد القلوب عن المودات - المصمم الوسيط .

(٢) في الأصل كنا : « مقعد » .

(٣) في الأصل كنا : « المتره » - انظر ما يورد بعد في الجواب وفي قوله : « على التسليم المتره » .

قوله : بأن عقله ودينه يحمله على التسليم المترم - قلنا : ذلك محتمل ، وما ذكرناه من ضرر المنازعة قطعى ، والقطعى لا يعارضه^(١) المحتمل .

قوله : إنما يتمتع التسليم إذا لم يكن لهذه المنازعة قاطع ، ولها قاطع وهو المرافعة إلى القاضى - قلنا : محتمل أنه يرافع إلى القاضى ويحتمل أنه لا يرافع لما فيه من المشقة وضرر الخصومة ، على أنه لا يجب على القاضى تكليفه بالتسليم ، لأن فيه ضرراً^(٢) ، بل له أن يفسخ البيع دفعا للضرر .

وأما إذا باع ما يساوى ألفا بعشرة - قلنا : لا منازعة . ثم يجوز أن يتعلق غرضه بغير الدراهم ولا يشتري بقيسة المثل ، فيتحمل الغبن تحصيلاً لغرضه - أما ههنا بخلافه .
وأما بيع الجوزة بالجوزين والبيضة بالبيضتين - فممنوع . ولئن سسم ، فلأن التساوى فى تلك الفصول دون التساوى ههنا .

١٢٥ - مسألة : التقابض فى بيع الطعام بالطعام ليس بشرط لجواز البيع .
والوجه فيه - أن التقابض فى المجلس لا يقف عليه ركن البيع ، وهو الإيجاب والقبول ولا المصلحة المطلوبة من البيع ، وهى التمكن من الانتفاع بالمبيع ، لأن التمكن من الانتفاع ثابت قبل القبض بواسطة القبض - لهذا المعنى صح العقد فى غير المطعوم بدون القبض ، فيصح هنا .

فإن قيل : هذا باطل بعقد الصرف ، فإنه لا يصح بدون التقابض مع ما ذكرتم .
ثم نقول : لا نسلم بأن التقابض لا يقف عليه مصلحة البيع .

قوله : لأن التمكن من الانتفاع ثابت بواسطة القبض - قلنا : متى - إذا تمكن من القبض أم إذا لم يتمكن ؟ م ع - وظاهر أنه لا يتمكن ، لأنه يتوقف على سلامة الآلة للمشتري وبقاء المحل وعدم الندامة من البائع .

(١) فى الأصل : الظاهر أنها كانت « لا يعارض » ثم صححت إلى « لا يعارضه » .

(٢) فى الأصل : « ضرر » .

ولئن سلمنا أن القبض في المجلس لا يقف عليه ركن البيع / ولا مصلحته ولكن لم قلّم بأنه لا يفسد البيع ، لانعدام القبض ، وظاهر أنه يفسد لوجهين : أحدهما - يمكن شبهة الربا (١) ، لأن للنقد (٢) فضلا على النسبة بالعرف (٣) . والثاني - الغرر لاحتمال هلاك المقود عليه .

ثم هذا معارض بما روى عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدا بيد . فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بهذا بيد » (٤) - وفي لفظ « عينا بعين - فمن زاد أو أزداد فقد أرى » (٥) أخرجه مسلم في صحيحه وفي حديث عمر : « البر بالبر ربا إلا هاء وهاء . والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء » (٦) متفق على صحته .

الجواب :

أما عقد الصرف - قلنا : ثم تمام العقد والمصلحة المطلوبة منه يقف على القبض ، لأن الانتفاع ثمة لا يحصل إلا بالتعين ، لأن الدراهم والدنانير عندنا لا يتعينان ، فلا بد من القبض ، ليحصل التعيين ، فيحصل الانتفاع - أما ههنا بخلافه .

(١) سيأتي فيما بعد أن « حقيقة الربا هو الفضل من كل وجه ، وشبهة الربا الفضل من وجه » (انظر فهما على ص ٣٠٩ في المسألة ١٢٧ .

(٢) في الأصل : « النقد » .

(٣) كلمة « بالعرف » غير واضحة كلها .

(٤) راجع : بلوغ المرام ، رقم ٦٩٦ ، ص ١٢٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٨٤ ص ٨٤٥ والسرخسي ، المبسوط ، ١٢ : ١١٠ .

(٥) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٩٧ ص ١٢٥ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٨٥ ص ٨٤٦ وفيها : « ... فمن زاد أو استزاد فهو ربا » رواه مسلم .

(٦) أورد الشوكاني في نيل الأوطار ، ٥ : ١٦٣ - ١٦٦ الحديث على الوجه الآتي : « عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله ﷺ : الذهب بالوزن ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » متفق عليه .

ولا يلزم على هذا ما إذا باع القلب بالقلب^(١)، فإنه يشترط القبض، وإن كان يتعين، لأننا نقول هذا فرد أحقناه بالجملة.

قوله: لم قلتم بأن التمكن من القبض ثابت - قلنا: لسلامة الآلات وزوال المانع. أما سلامة الآلات فظاهر. وكذا زوال المانع، لأن المانع يقدم على التسليم، لحصول الثمن غالبا وظاهرا.

قوله: بأن فيه شبهة الربا لكون النقد [فيه فضل على النسيئة بالعرف] ^(٢) - قلنا: لا نسلم، بل هو نقد، لأن ما يكون قادرا على قبضه فهو نقد وليس بنسيئة. وأما الغرر فذاك لا يوجب فساد العقد حالة العقد، وإنما يفسخ العقد بعد هلاك المعقود.

وأما الأحاديث فيعارضها قوله^(٣) تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ ^(٤) مطلقا من غير فصل. غاية ما في الباب أن هذا عام وذاك خاص - ولكن هذا كتاب وذاك حديث، والكتاب أولى.

١٢٦ - مسألة: إذا باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين أو باع كر حنطة وكر شعير بكرى حنطة / وكرى شعير - يصح البيع ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس.

والوجه فيه - أن هذا بيع عرى عن الربا، فوجب القول بصحته، قياسا على ما إذا نص على مقابلة الدرهم بالدينارين والدينار بالدرهمين.

(١) القلبُ السوار يكون نظما واحدا - المعجم الوسيط.

(٢) هذه العبارة مأخوذة عما تقدم.

(٣) في الأصل: «بقوله».

(٤) البقرة: ٢٧٥. وفي الأصل: «أحل» - راجع فيما تقدم الفاش ٣ ص ٢٩٩.

وإنما قلنا ذلك لأن هذا بيع الجنس بخلاف الجنس ، فلا يتحقق فيه الربا ، لأن الربا هو الفضل على المساواة من حيث الماتية ، وذلك لا يتحقق إلا عند المجانسة .

وإنما قلنا إن هذا بيع الجنس بخلاف الجنس ، وذلك لأنه جاز أن يراد به مقابلة الجنس بخلاف الجنس - بدليل أنه لو نص على ذلك وفسر بصح ، والثى لا يفسر بما لا يحتمله وإذا جاز يحمل عليه ، لدلالة الدليل ، وهو ظاهر حاله .

فإن قيل : قولكم بأنه جاز أن يراد به مقابلة الجنس بخلاف الجنس - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه تغير وصف الإطلاق ، ولا يجوز تصحيح تصرف العاقل بتغيير وصف تصرفه .

والدليل على أنه لا يجوز - المعقول والأحكام :

أما المعقول - وهو أن الواجب تصحيح تصرفه على الوجه الذى باشره وقصده لا على خلافه وهو قصد المقابلة المطلقة ، بقضية^(١) اللفظ ، فتغييره إلى مقابلة الجنس بخلاف الجنس فسح تصرفه وإنشاء تصرف آخر ، وإذا لا يجوز .

وأما الأحكام - أجمعنا على أنه لو باع ثوبا بدرهم وثوب واخر من غير قبض ، لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرف الدرهم إلى الثوب والثوب إلى الدرهم .

وكذا لو اشترى قلبا وزنه عشرة وعشرة وثوبا قيمته عشرة بعشرة ، ثم باعهما بربح عشرين ، لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرف كل الربح إلى الثوب .

ولئن سلمنا أنه عرى عن الربا ، ولكن لم قلم إنه عرى من شبهة الربا ، وشبهة الربا مانعة جواز العقد ، فإنه لا يجوز بيع الخنطة بالدقيق ، وفى هذا شبهة الربا لاحتمال إرادة الجنس بالجنس .

(١) فى الأصل كذا : « بقضيه » .

الجواب :

قوله : بأن هذا تغيير وصف الإطلاق - قلنا : اللفظ وإن كان مطلقا ، لكن جاز ١/١٠٨ أن يراد به المقيد ، وقد دل الدليل عليه - على ما مر ، فكان هذا تصحيح تصرفه / على الوجه الذى قصده ، لا على خلاف ما قصده .

وأما إذا باع ثوبا وجرهما بدرهم وثوب - قلنا : هذا العقد جائز بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس إلا أن إبقاء المقود^(١) غير واجب ، بل ذلك مفوض إلى العاقلين .

وأما مسألة القلب والثوب - قلنا : لو صرفنا الربح كله إلى الثوب لا يبقى بيعهما مزابجة ، بل يصير بيع أحدهما تولية وبيع الآخر مزابجة^(٢) ، وأنه باعها مزابجة - أما ههنا بخلافه .

قوله : إنه عرى عن الربا ثم عرى عن شبهة الربا - قلنا : إذا عرى عن الربا وجب أن يصح ، لما قلنا .

قوله : فيه شبهة الربا - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن صرف الجنس إلى الجنس عقد فاسد . والظاهر أنه لم يقصد ذلك لما قلنا . بخلاف بيع الخنطة بالدقيق ، لأن ذلك عقد واحد وفيه شبهة الربا ، لشبهة المجانسة بين العوضين ، أما ههنا بخلافه .

١٢٧ مسألة : بيع الرطب^(٣) بالتمر متساويا ، كيلا - يجوز ، خلافا لهم .

(١) قلنا في الأصل : « ابقا المقود » ولعل المقصود : « إبقاء المقود عليه » أو « إبقاء العقد » .

(٢) بيع المزابجة هو مبادلة المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح . وبيع التولية هو المبادلة بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان . وبيع الوضعة هو المبادلة بمثل الثمن الأول مع نقصان شيء منه - الكاساني ، البدائع ، ٥ : ١٣٤ - ١٣٥ وكلنا ٢٢٠ وما بعدها . وابن عابدين ، رد المحتار ، ٤ : ٣ .

(٣) الرطب نضج البُسْر قبل أن يصير تمرا . وذلك إذا لاق وحلا . أو تمر النخل إذا أدرك ونضج قبل أن يصير تمرا . والجمع أرطاب ورطاب والواحدة رطبة . والبُسْر تمر النخل قبل أن يَرُطَب - المعجم الوسيط .

وأجمعوا على أن يبيع الرُّطْب بالتمر متفاضلا ، كيلا - لا يجوز .

والوجه فيه - أنه باع التمر بالتمر ، مثلا بمثل ، مكايلة ، فوجب أن يجوز . كما إذا باع التمر اليابس بالتمر اليابس ، مثلا بمثل .

وإنما قلنا ذلك ، لأن الرُّطْب تمر بالنقل والحكم - أما النقل فظاهر . وأما الحكم فلأننا أجمعنا على أنه لو حلف أن لا يأكل تمرًا فأكل رطبًا بحث في يمينه ، ومعنى الأيمان على العرف ، فوجب أن يجوز .

فإن قيل : قولكم بأنه باع التمر بالتمر - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن الرطب تمر - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأن اسم التمر ينتفى عن الرُّطْب ؛ فإنه صح أن يقال : هذا رطب وليس بتمر .

وأما ما ذكر من المسألة - فممنوعة . على أننا نقول بأنها معارضة بمسألة أخرى - وهي ما إذا حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرًا ، لا يبحث في يمينه .

ولكن سلمنا أنه باع التمر بالتمر ، ولكن لا نسلم بأنه باعه مثلا بمثل في الكيل - بيانه أن الرطب ينكس بالكبس والتمر اليابس لا ينكس بالكبس ، فلا يثبت التساوي بينهما في الكيل .

٢/١٠٨

ثم التعليل معارض / بالحديث والمعقول :

أما الحديث - [فـ] ما روى سعد بن أبي وقاص قال : « سمعت رسول الله ﷺ سئل عن شراء التمر بالرُّطْب فقال رسول الله ﷺ : « أينقص الرُّطْب إذا بيس ؟ قالوا : نعم - فنهاه عن ذلك »^(١) - رواه أبو داود وابن ماجه .

وأما المعقول - وهو أنه إذا انتقص عند الجفاف يتحقق حقيقة الربا ، وهو الفضل .

(١) وكذا في بلوغ المرام ، رقم ٧٠٨ ص ١٢٧ وسيل السلام ، ٣ : رقم ٧٩٦ ، ص ٨٥٧ وفيها « فنهى عن ذلك » .

وسبب ذلك الرطوبة ، وهى قائمة فى الحال ، فكان سبب الربا قائما^(١) فى الحال ، والسبب يقوم مقام السبب ، فيكون^(٢) فيه شبهة الربا .
الجواب :

قوله بأن اسم التمر يتنقى عن الرطب - قلنا : لا نسلم .
وقوله : هذا رطب وليس بتمر ، لا يصح مطلقا ، بل على تقدير إضمار شيء وهو أن يقول : هذا رطب وليس بتمر يابس .

وأما منع المسألة - فلا يستقيم ، لأنها مسطورة^(٣) فى الكتب .
وأما [ما] ذكر^(٤) من المسألة - قلنا : إنما لا يبحث ، لأنه عقد يمينه على حالة مخصوصة وهى حالة الرطوبة ، فتتقيد اليمين بـ [ما] عرفا .

قوله : بأنه ينكس بالكس - قلنا : هذا إشارة إلى التفاوت فى الوزن والعدد دون الكيل ، ونحن ندعى التساوى فى الكيل .

وأما الحديث - قالوا بأن مداره على زيد بن أبى عياش^(٥) مولى لبنى زهرة وإنه ضعيف . على أنه معارض بقوله تعالى : ﴿ وَأَحْلِلْ اللَّهُ السَّيِّئَ ﴾^(٦) .

(١) فى الأصل : « قائم » .

(٢) فى الأصل كذا : « وكونه » . انظر العبارة فى الجواب .

(٣) فى الأصل كأنها « مسطورة » وفى المعجم الوسيط شطر الشيء قسمه وسطر الكتاب سطرًا كتبه .

(٤) كذا العبارة فيما سبق .

(٥) فى سبل السلام ، ٣ ، رقم ٧٩٦ ، ص ٨٥٧ : « .. ومن أحله بجهالة خالد أبى عياش فقد رد عليه بأن الدارقطنى قال إنه ثبت ثقة .. » . ولعله أبو عياش الزرقى - اختلف فى اسمه : فقليل اسمه زيد بن الصامت . وقيل عبيد بن زيد بن الصامت . وقيل غير ذلك . وأكثر أهل الحديث يقولون : اسمه أبو عياش الزرقى - له صحبة معروفة . روى عنه مجاهد وأبو صالح السمان وعاش إلى زمن معاوية . ومات رحمه الله بعد الأربعين وقيل بعد الخمسين - ابن عبد البر ، الاستيعاب .

(٦) الشرة ٢٧٥٠ .

وأما قوله : سبب الربا قائم ، وهو الرطوبة - قلنا : قيام سبب الانقصاص لا يؤدي إلى حقيقة الربا ولا إلى شبهة الربا ، لأن حقيقة الربا هو الفضل من كل وجه ، وشبهة الربا الفضل من وجه ، وقيام السبب لا يوجب شيئا من ذلك في الحال .
والله أعلم .

١٢٨ - مسألة : إذا باع فلاناً^(١) راتجا بعينه ، بفلسين راتجين - يجوز .

والوجه فيه - أن هذا بيع عرى عن الربا ، فوجب القضاء بمجازه ، قياسا على بيع دين بدين^(٢) .

وإنما قلنا ذلك - لأن الربا لو تحقق إنما يتحقق بزيادة العدد في أحد الجانبين ، بدليل أنه لو سقط العدد لا يتحقق الربا ، وزيادة العدد إنما يؤدي إلى الربا إذا بقي الفلوس عدديا ، ولم / يبق الفلوس عدديا ، لأن كونه عدديا ما كان بأصل الحلقة ، بل باصطلاح^(٣) الناس ، بخلاف الدراهم والدنانير فإنها خلقت ثمتا ، وما ثبت باصطلاح^(٤) الناس ، يتبع فيه المصلحة ، فأقدمهما على هذا البيع مع عقلهما ودينهما دل على تعلق مصباحتهما بإبطال هذا الاصطلاح ، فوجب أن يجوز .

فإن قيل : قولكم بأن هذا بيع عرى عن الربا - قلنا : لا نسلم .

قوله : إنما يكون ربا إذا كان الفلوس عدديا في هذه الحالة ولم يبق ، لأنهما أبطلا كونه عدديا - قلنا : لا نسلم بأن لهما ولاية إبطال هذا الاصطلاح . وهذا لأن كونه عدديا ثبت باصطلاح الكل ، فكان ثابتا بالإجماع ، فلا يتنقض بتقضيها ، لأن نقضهما ظني وذاك مصلحة قطعية^(٥) وإبطال المصلحة القطعية لا يكون مصلحة .

(١) الفلوس عملة يتعامل بها مضرية من غير الذهب والفضة . وكانت تقدر بسلس الدرهم . وهي تساوي اليوم جزءا من ألف من الدينار في العراق وغيو - والجمع فلوس - المعجم الوسيط .

(٢) الظاهر أنها في الأصل كذلك وستأتي في الجواب . وفي الأصل كنا : « در بدين » .

(٣ - ٤) في الأصل : « بإصلاح » . وسيأتي بعد قليل ... الاصطلاح .

(٥) في الأصل : « قطعي » وستأتي بعد كلمتين « القطعية » .

ولئن سلمنا أن لهما ولاية نقض هذا الاصطلاح ، ولكن لم قلم بأنهما نقضاه ؟ .
قوله : بأن إقدامهما على هذا البيع دل على تعلق مصلحتهما بإبطال هذا
الاصطلاح - قلنا : إنما يتعلق مصلحتهما بإبطاله (١) إذا كان في إبطال هذا
الاصطلاح صحة هذا ، وليس كذلك ، لأنه إذا خرج من كونه عددياً عاد وزنياً ، كما
كان ، ويبيع الوزى بالوزى لا يجوز ، إلا على وجه الاعتبار .

ولئن سلمنا أنه عرى عن حقيقة الربا ، ولكن لم قلم بأنه عرى عن شبهة الربا ، وهذا
لأنه يقابل الفلّس بالفلّس ، فيبقى الآخر فضلاً .

ولئن سلمنا أنه عرى عن شبهة الربا ولكنه يبيع الدين بالدين ، لأن الفلوس لا تتعين
في العقود وهو ثمن ، وذلك لا يجوز ، ولأنه عقد يؤدي إلى المنازعة لما فيه من الضرر .
الجواب هـ :

أما قوله : لم قلم بأن لهما ولاية نقض هذا الاصطلاح - قلنا : لما ذكرنا أن فيه
مصلحتهما .

قوله : بأن كونه عددياً ثبت بالإجماع - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - لا نسلم
بأنه ثبت بالإجماع بل في بعض البلاد دون البعض . والثاني - إن ثبت بالإجماع لكنه
ليس من الإجماعات الموجبة للعلم في الأمور الدينية ، فجاز أن ينقض بمصلحة ظنية .

قوله : لو خرج من أن يكون عددياً عاد وزنياً - قلنا : يخرج من أن يكون عددياً /
ولا يعود وزنياً ، بل يصير سلعة محضة ، لأن الشيء جاز أن لا يكون عددياً ولا وزنياً ،
كالنصال (٢) واللاّء .

قوله : فيه شبهة الربا - قلنا : لا نسلم ، لأن الفلّس بالفلسين من غير اعتبار
العدد ، فلا يكون فيه شبهة الربا .

(١) في الأصل كلاً : « بأطلاله » .

(٢) الثعل حديد الرح والسهم والسكين والجمع نصال وأصل وتُعول - المعجم الوسيط .

قوله : هو بيع الدين بالدين ، لأنه لا يتعين - قلنا : لا نسلم بأنه لا يتعين ، لأننا أخرجناه من أن يكون عددياً وثمناً ، وصار سلعة تتعين في العقود .
قوله : يؤدي إلى المنازعة - قلنا : لا نسلم ، لأنهما أقدمتا عن طوع ورغبة .
والله أعلم .

١٢٩ - مسألة : بيع لحم الشاة بالشاة يجوز مطلقاً . وقالوا : يجوز على سبيل الاعتبار .

والوجه فيه - أن هذا بيع عرى عن الربا ، فوجب القضاء بصحته ، قياساً على ما إذا كان اللحم الخالص أكثر مما في الشاة .

وإنما قلنا ذلك ، لأن^(١) شرط تحقق الربا هو المجانسة ، لأن الربا هو الفضل على المساواة في البيع ، وهذا لا يتحقق إلا عند المجانسة والمعيار الشرعي ، ولم يوجد ، لأن الشاة ليست بموزون عرقاً وشرعاً ، فلا يجري فيه الربا ، فلا يحرّم .

فإن قيل : قولكم بأن الربا لا يتحقق إلا عند المجانسة والمعيار الشرعي ، ولم يوجد - قلنا : لا نسلم بأنه لم يوجد المعيار الشرعي . ولا نسلم بأن اللحم الذي في الشاة ليس بموزون ، بل هو موزون في الجملة ، كالدهن إذا باع [هـ] بالمسمم على طريق الاعتبار ، يجوز ، ويعرف الدهن الذي في السمسم مقدار^(٢) كوزنه بالعصر - كذا هنا بالذبح .

ولئن سلمنا أن الموزون ما يعرف وزنه في الحال ، ولكن لم قلّم بأن اللحم الذي في الشاة لا يعرف وزنه في الحال ، بل يعرف بطريق الحزر والظن ، كما هو عادة القصابين في البياعات .

(١) في الأصل كذا : « لا » بدون نون .

(٢) كذا العبارة في الأصل .

ولكن سلمنا أنه عرى عن حقيقة الربا ، ولكنه لم يعر عن شبهة الربا ، لأنه يصير موزونا بعد الذبيح ، وهذا يكفى للحرمة .

ولكن سلمنا أنه ليس بشبهة ، ولكنه عقد يفضى إلى المنازعة ، لما فيه من احتمال الضرر^(١) ، فيكون فاسدا . وصار كما إذا باع صوف الشاة بشاة عليها صوف .
١/١١٠
الجواب :

قوله بأن اللحم الذى فى الشاة موزون فى الجملة - قلنا : لا نسلم ، بل هو غير موزون ، لا فى الحال [و] لا فى الجملة : أما فى الحال فظاهر . وأما فى الجملة بعد الذبيح فلاختلافه بالعظام المختلفة وفى نزع جميع العظام ضرر ، بخلاف الدهن والسمسم .

قوله : بأنه [سم] يقدر وزن بالحزر والظن - قلنا : ذاك عادة بعضهم ، وإنه يجرى فيه الخطأ والغلط ، بخلاف الدهن والسمسم فإن الكل يعتادون حرره .

قوله : لم لا يتحقق شبهة الربا - قلنا : الجواب عنه ما مر قبل .

قوله : يفضى إلى المنازعة - قلنا : لا نسلم ، وظاهر أنه لا يفضى ، لأنهما أقدا على البيع بعد تأمل ، عن طوع واختيار . وأما بيع الصوف واللبن بالشاة التى فى ضرعها^(٢) لبن وعلى ظهرها صوف ، لا يجوز ، لأن الشاة وإن لم تكن موزونة ، ولكن فى ضمنها ما هو موزون ، وهو الصوف واللبن ، لأنه لا حياة فى اللبن والصوف ، وللمانع من كونه موزونا هو قيام الحياة به ، كما فى اللحم ، فكان بيع الموزون بالموزون وبغيره - أما ههنا بخلافه .

١٣٠ - مسألة : شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، لا يجوز - خلافا له .

وأجمعوا أن شراء ما باع بأقل مما باع بعد نقد الثمن يجوز ، وبالأكثر يجوز قبله وبعده .

(١) كذا الظاهر : « الضرر » .

(٢) فى الأصل كذا : « فى طرعا » .

والوجه فيه - أن هذا بيع تمكن فيه الربا ، فوجب القضاء بفساده .

وإنما قلنا ذلك - لأنه بيع مالية مقدرة ، بألف درهم . وصورة (١) العبد بخمسمائة . وذلك لأن هذا بيع العبد بخمسمائة ، والعبد اسم الصورة والمعنى ، ومعنى العبد ماليته ، وماليته في هذه الحالة مقدرة بألف ، لأن الكلام فيه ، فكان الألف معنى العبد حكما ، فكان بيع المالية الصورة بخمسمائة ، فيكون ربا .

فإن قيل : قولكم بأن هذا بيع صورة العبد ومعناه بخمسمائة - قلنا : لا نسلم بأن البيع تناول معنى العبد ، بل تناول ذاته - دل عليه أنه لو اشترى / عبدا على أنه خباز أو كاتب ، فوجده بخلاف ذلك ، لا يسقط شيء من الثمن بفواته . فلو كان معناه داخلا (٢) لسقط ، كما لو اشترى عبيدين فهلك أحدهما قبل القبض .

ولئن سلمنا أن الألف معنى العبد ، لكن يحكم الشرع أم باصطلاحهما ؟ ع م . ولكن اصطلاحهما يلزمهما برضاها أم لا برضاها ؟ ع م . ومتى أقدمنا على البيع الثاني بخمسمائة فقد ردا ذلك للاصطلاح ، ولهذا يجوز بيع ما يساوى ألفا بدرهم .

ثم نقول مالية العبد ثمنه ، وذلك اسم الدراهم ، والدراهم لا تكون معنى العبد إذ لو كان كذلك لكان هذا بيع العبد بمعناه ، وهذا لا يجوز . ولهذا لو باع عبدا قيمته ألف بألف يجوز . فلو كانت قيمته معناه لكان هذا بيع الألف بالألف والعبد ، وصار هذا كما إذا اشترى ما باع بأكثر مما باع قبل نقد الثمن ، وكما إذا اشترى بأقل مما باع بعد نقد الثمن .

(١) في الأصل كذا : « وصورة » - وانظر بيان ذلك في العبارة التالية ، وفيما يلي من قول السمرقندي :

قال السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٨١ - ٨٢ : « ومنها (أى من البيع الفاسد) - أن يشتري شيئا بثمن معلوم ، ثم يبيعه من البائع بأقل مما باعه ، قبل نقد الثمن . فإن باعه بجنس الثمن الأول ، بأن اشتراه بألف درهم ثم باعه منه بخمسمائة درهم قبل نقد الثمن فهو فاسد عندنا . وعند الشافعي صحيح . وإن كان بخلاف جنس الثمن الأول جاز . والأصل في ذلك حديث عائشة رضی الله عنها في قصة زيد بن أرقم - وهو معروف « وانظر القصة في الهامش ٤ من التحفة ، ج ٢ ، ص ٨٢ .

(٢) في الأصل : « داخل » .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن البيع تناول معنى العبد ؟ - قلنا : لأنه تناول العبد ، والعبد اسم للصورة والمعنى .

قوله : لو سقط معنى العبد لا يسقط شيء من الثمن - قلنا : لا نسلم بأن المعنى الذى عيناه لو سقط لا يسقط شيء من الثمن ، بل يسقط كل الثمن ، لأن المعنى بذلك المعنى ماله التى بها يصير العبد مالا ، ولو فات بموته يسقط كل الثمن ، بخلاف الأوصاف المعارضة التى ذكرها .

قوله : إقدامهما على البيع الثانى رد للاصطلاح الأول - قلنا : لا نسلم . وظاهر أنه ليس برد ولا يقدران عليه ، إذ لو انتقض الاصطلاح الأول لبطل حق المطالبة بالثمن الأول ، ولا يبطل بالإجماع ، بخلاف ما إذا باع ابتداء بأقل من القيمة ، لأنهما لم يلتزما هذا الاصطلاح .

قوله : بأن الثمن اسم للدراهم - قلنا : الثمن معنى المثلن حقيقة ، إلا أن الناس يطلقون اسم الثمن على الدراهم مجازا ، وأما إذا باع عبدا يساوى ألفا بألف يجوز - قلنا فى هذه / الصورة يتحقق الربا ، إلا أننا نحملنا^(١) ذلك فى البيع بمثل القيمة باصطلاحهما ، كى لا يؤدى إلى سد باب البياعات .

وأما إذا اشترى ما باع بأكثر مما باع - [ف] إنما يجوز ، لأن الألف وقع فى مقابلة الألف والزائد فى مقابلة العبد .

وأما إذا اشتراه بأقل مما باع بعد نقد الثمن ، فلأن الاصطلاح الأول بالآداء قد انتهى من كل وجه - أما ههنا بخلافه .

(١) فى الأصل كذا : « حملنا » فالحرف الأول غير منقوط .

١٣١ - مسألة : الزوائد المنفصلة^(١) من المبيع المتولدة بعد القبض ، نحو الولد والشر ، تمتع الرد بالميب . وعنده : لا تمتع .

والخلاف في رد الأصل بكل الثمن ، بدون الزيادة .

أما لا خلاف أنه لا يرد الأصل بدون الزيادة ببعض الثمن .

ولا خلاف أنه لا يرد الأصل مع الزيادة بكل الثمن .

والوجه فيه - أن رد الأم بدون الولد بكل الثمن ، تغير للعقد من وصف الجواز إلى وصف الفساد ، فوجب أن لا يجوز ، قياسا على سائر التصرفات الفاسدة .

وإنما قلنا ذلك - لأن الولد مبيع تبع ، ويرد الأم بكل الثمن يصير الولد مبيعا أصلا ، على وجه لا يقابله شيء من الثمن ، فيكون ربا .

وإنما قلنا إن الولد مبيع ، لأن المبيع مفعول فعل البيع ، ومفعول فعل البيع ما ثبت فيه أثر البيع ، كالمضروب ما ثبت فيه أثر الضرب . والأثر المختص بالبيع هو الملك ، وهو ثابت في الولد ، ويرد الأم بنفسه البيع في الأم من الأصل ، فلا يمكن إبقاء الملك في الولد تبعاً ، لأن البيع بدون الأصل لا يتصور ، وإنه يبقى مبيعا لبقاء حكم البيع ، وهو الملك المستفاد بالبيع فيه ، فيصير مبيعا أصلا بلا ثمن وهو ربا .

فإن قيل : قولكم بأن الولد مبيع لأن المبيع ما ثبت فيه أثر البيع - قلنا : المبيع ما ثبت فيه أثر بيع مضاف إليه أو إلى غيره ؟ م ع - والبيع هنا أضيف إلى غير / الولد ، وهذا لأن البيع تصرف إضافي ، فمصادفته للمحل إنما يكون بالإضافة إليه ، كما أن المصادفة في التصرفات الحسية باتصال الآلة بالحل ، والبيع لم^(٢) يصادف الولد ، فلا يكون مبيعا ، كأكساب المبيع .

(١) في الأصل : « - المتصلة » . والصحيح : « المنفصلة » وللولد فيما بعد « الولد والشر » زيادة منفصلة . أما الزيادة المتصلة فتتعلقها السمن والجمال - انظر : السمرقدي ، النخبة ٢ : ١٤٦ - ١٤٨ . والكاسالي ، البدائع ٥ : ٢٨٤ وما بعدها وخصوصا ص ٢٨٦ .

(٢) في الأصل : « لم » .

ولئن سلمنا أن المبيع ما ثبت فيه أثر البيع ، ولكن لم قلتم بأن أثر البيع ثابت في الولد ؟ .

قوله : الملك ثابت فيه - قلنا : ذاك أثر بقاء الملك في الأم لا أثر ابتدائه ، وبقاء الحكم لا يفتقر إلى السبب^(١) ، فصار كولد الموهوبة .

ولئن سلمنا أن الولد مبيع تبعاً ، ولكن لم قلتم بأنه يصير أصلاً بحد الأم ؟ .

قوله : لأنه مبيع لبقاء الملك وليس بتبع لارتفاع الأصل - قلنا : لا نسلم بأنه يبقى مبيعاً . فإن قال بأن الملك لأب له من سبب ، وسببه البيع - قلنا : كما أن البيع سبب للملك ، فكذلك كونه متفرعاً من الملك سبب ، فيحال عليه .

ولئن سلمنا أن الولد يصير مبيعاً أصلاً بلا ثمن - لم لا يجوز ؟ .

قوله : بأن يكون^(٢) ربا^(٣) ؟ - قلنا : الربا فضيل مال خال عن العوض ابتداء أم بقاء ؟ الأول م - وهذا لأن الولد الحادث بعد البيع قبل القبض مملوك بالبيع ، وهو محال عن العوض ، وإنه ليس ربا .

الجواب :

أما قوله لأب من المصادفة واتصال الآلة بالحل ، والبيع ما أضيف إلى الولد ، فلا يكون مبيعاً - قلنا : اتصال الآلة بالحل ليس بشرط لثبوت أثر الفعل فيه لا بحالة - ألا ترى أن من شق رق^(٤) الغير وسال الدهن كان تلف الدهن مضافاً إلى فعله لوجود

(١) كانت في الأصل : « إلى بقا السبب » ثم شطبت كلمة « بقا » .

(٢) « يكون » غير واضحة في الأصل .

(٣) في الأصل كلها : « ردا » .

(٤) في الأصل : « رق » . وأزرق وعاء من جلد يُجر شعره ولا يتنفذ ، للشراب وغيره - المعجم الوسيط .

اتصال الآلة [بالفعل] المتصلة به^(١) لا به - كذا هذا . بخلاف أكساب المبيع ، لأن البيع ليس بسبب الملك الكسب ، بل هو باختيار العبد .

قوله : ملك الولد أثر بقاء ملك الأم لا أثر ابتدائه - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن الملك الباقي هو عين^(٢) الملك الثابت ، والثابت بالسبب إذا بقي كان مضافا إليه ، لأنه يوجب ثبوته / في جميع الأزمان ، فيوجب بقاءه .

١/١١٢

قوله : لم قلتم بأن الولد يبقى ميعا - قلنا : لأنه ملك وسببه البيع .

قوله : كما أن البيع سبب ، فكونه متفرعا من الملك أيضا سبب - قلنا : بل ، ولكن الأصل مملوك بالبيع ، فيبقى ، بعد رد الأم ، ميعا ، ولا يمكن إيقاؤه ميعا تبعا ، فيكون أصلا .

قوله : بأن الربا فضل مال خال عن عوض ابتداء أم بقاء ؟ - قلنا : ابتداء ، وهذه حالة الابتداء في حق الولد ، لما ذكرنا أنه يصير ميعا أصلا .
والله أعلم بالصواب .

١٣٢ - مسألة : الزيادة في الثمن والمثمن تصح وتلتحق بأصل العقد ويجعل كأن العقد ورد عليهما - خلافا له .

والخط عن الثمن يصح بالإجماع ، وهل يلتحق بأصل العقد ؟ فهو على هذا الخلاف .

والوجه فيه - أنها قصدا جعل المشروط زيادة في الثمن ، وأمكن ذلك ، والشرع جعلهما بسبيل ذلك - فوجب أن يصير المشروط زيادة في الثمن ، قياسا على أصل الثمن .

(١) في المتن : « اتصال الآلة بالخل » ثم شطبت كلمة « بالخل » وكتب في الهامش عبارة كأنها : « بالمتصلة به » أو « المتصلة به » . ولعل المراد - والله أعلم - « بالفعل » لا « بالخل » وهو ما أثبتناه في المتن .

(٢) قد تقرأ « غير » .

وإنما قلنا إنها قصدا جعل المشروط زيادة في الثمن - لأن الكلام فيما إذا نصا على الزيادة^(١) .

وإنما قلنا إنه أمكن ذلك - وذلك لأننا أجمعنا على أن الزيادة المتولدة من الثمن قبل القبض تصير بهذه الحالة ، بعد أن لم تكن ، ولو لم يكن ذلك ممكنا ، لما ثبت في تلك الصورة .

وإنما قلنا إن الشرع جعلها بسبيل من ذلك - لأن الشرع إنما جعلهما بسبيل من الفسخ دفعا لحاجتهما إلى ذلك ، وقد تحققت الحاجة ههنا ، لأن العقد قد يقع خاسرا ، فرعا يحتاجان إلى جعله رابحا ، فثبت أن تحقق هذه الحاجة من الجائزات ، وقد دل^(٢) الدليل عليه ، وهو إقدامهما على جعل المشروط زيادة في الثمن ، فوجب جعلهما بسبيل من ذلك ، دفعا لحاجتهما ، فوجب جعله زيادة في الثمن .

٢/١١٢ فإن قيل : قولكم بأنها قصدا الزيادة / وأمكن - قلنا : لا نسلم بأنه أمكن . وهذا لأن الزيادة في الثمن تكون ثمتنا ضرورة ولا يمكن جعل الزيادة ثمتنا ، لأن الثمن ما يقابله شيء من الثمن^(٣) ، وكل الثمن صار مقابلا بالثمن الأول ، فلا يبقى شيء منه مقابلا بالزيادة ، بخلاف الزيادة المتولدة ، فإنها متفرعة عنه حقيقة وإجراء^(٤) أحكام الشيء على الفرع بطريق التبعية جائز - أما ههنا بخلافه .

ولئن سلمنا أنه أمكن ذلك ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعلهما بسبيل [من ذلك] ؟ .

وأما الفسخ - قلنا : الفسخ تصرف في حكم العقد ورفع ، أما الزيادة [ف] تصرف في العقد ، ولا يمكن ، لأنه انعدم وتلاشى .

(١) في الأصل كذا : « الزيادة » .

(٢) في الأصل تبدو كذا : « ذلك » .

(٣) الثمن الشيء سمي له ثمتنا . وثمن السلمة قدر ثمتها - المعجم الوسيط - وانظر فيما يلي الماش ٢ - ٣ ص ٣٥٤ .

(٤) تبدو كذلك .

ولئن سلمنا أنه تصرف في العقد ، ولكن لم قلتم بأن الحاجة ههنا مثل تلك الحاجة ؟ .

بيانه - أن هذه الحاجة حاجة دفع الضرر والحسran^(١) . وذلك بثبوت الملك يندفع ، لا يكونه ثمنا . وعندنا يثبت الملك في الزيادة ، ولكن ملك الهبات لا ملك الأثمان^(٢) ، وصار هذا كالزيادة في المنكوحة^(٣) وفي المسلم فيه وفي الدين على الرهن وفي الثمن بعد هلاك المبيع - فإنه لا يجوز مع ما ذكرتم .

الجواب :

قوله : بأن الثمن ما يقابله الثمن ، فكل الثمن مقابل بالأصل - قلنا : نحن نصصح الزيادة ثمنا على معنى أنه يجري عليه [ل] أحكام الثمن ويصير كأن الثمن مقابل بالأصل والزيادة جميعا .

قوله بأن المتولدة متفرعة - قلنا : هذا إشارة إلى اختلاف الطريق ، فلا يضرنا ، لأنه ثبت أنه تصور إجراء أحكام على عين الموجود - كنا هذا .

قوله : الفسخ تصرف في حكم العقد - قلنا : لا نسلم ، بل هو تصرف في نفس انعقد ، بدليل أنه يضاف إليه .

قوله : بأن البيع ثلاثي وانعدم - قلنا : صيغة البيع تنعدم ، أما نفس البيع [ف] لا ينعدم^(٤) ، لأنه عبارة عن معنى يبقى في المحل إلى وقت الفسخ .

قوله : هذه الحاجة تندفع بثبوت الملك في الزيادة / لا يكونه ثمنا - قلنا : ليس كذلك ، بل حاجتهما تتعلق بثبوت الملك في الزيادة بجهة الثمنية ، لا بمطلق الملك ؛ بدليل إقدامهما على جعله زياد [ة] والهبة والثمن يختلفان في الأحكام . على أننا نقول بأنه خلاف الإجماع ، لأن الزيادة عندكم لا تملك أصلا .

(١) يبدو كذلك : « والحسran » .

(٢) كنا تبدو . وفي الأصل كنا : « ملك الهبات لا ملك الأثمان » .

(٣) لم المقصود : « مهر المنكوحة » .

(٤) في الأصل : « لا نعدم » .

وأما الزيادة في المنكوحه (١) - قلنا : ثمة العقد لا يقبل الفسخ ، فلا يقبل الزيادة -
أما ههنا بخلافه .

وأما السلم فذاك عقد ضرورى ، ولا ضرورة في الزيادة .

وأما الزيادة في الدين - [ف] لا تجوز ، لأن عقد الرهن لا يتغير بالزيادة في الدين ،
لأنه غير مستحق بالرهن .

وأما الزيادة بعد هلاك المبيع ، [ف] إنما لا تصح ، لأنه لم يبق البيع ولا الثمن - أما
ههنا بخلافه .

١٣٣ - مسألة : إذا اشترى شيئا لم يره ، يصح العقد ، ويثبت له الخيار إذا رآه -
خلافًا له .

والوجه فيه - أن رؤية المبيع مما لا يقف عليه ركن البيع ، ولا المصلحة المطلوبة من
البيع - فوجب ألا يقف على صحة البيع ، قياسًا على ما إذا رآه قبل البيع ولم يره وقت
البيع .

وإنما قلنا ذلك - لأن ركن البيع قوله : « اشتريت » و « بعت » عن قصد إثبات
الملك ، وهذا لا يقف على الرؤية والمصلحة المطلوبة من البيع المتمكن من الانتفاع بالمبيع ،
وهو ثابت بواسطة إمكان القبض ، وإمكان القبض ثابت ، لأن البائع يسلمه تحصيلًا
لِلثمن .

فإن قيل : قولكم بأن رؤية المبيع لا يقف عليه ركن البيع ولا المصلحة المطلوبة منه -
قلنا : لا نسلم بأنه لا تقف عليه المصلحة المطلوبة .

قوله : لأن المصلحة المطلوبة هو المتمكن من الانتفاع - قلنا : نعم ، ولكن لم قلّم بأنه
لا تقف على الرؤية ، وهذا لأن المتمكن من الانتفاع يتوقف على تسليم عين المبيع ، والبائع
ربما يسلم غيره والمشتري يطلب أجدود منه ، فيؤدى إلى المنازعة / ، فلا يحصل المتمكن
من الانتفاع .

ولكن سلمنا أنه لا يقف عليه أصل المصلحة ، ولكن لم لا يقف عليه تمام المصلحة ؟ وهذا لأن تمام المصلحة يحصل بكون المبيع موصوفا بالصفات التي قصدها المشتري وهذا (١) لا يحصل بدون الرؤية .

ولكن سلمنا أنه لا يقف عليه ركن البيع ولا تمام المصلحة ، ولكن لم قلتم بأن انعدام الرؤية لا يوجب فساد البيع ؟ وهذا لأن العقد قد يفسد وإن وجد الركن والمصلحة لوجود المفسد - ألا ترى أنه لو اشترى شيئا بأى ثمن شاء البائع والمشتري ، لا يجوز . وكذا لو اشترى أحد هذه العبيد على أن يختار أيها (٢) شاء أو اشترى بألف وروطل حمر ، فإنه لا يجوز ، وإن وجد الركن والمصلحة ، لوجود المفسد ، وقد وجد المفسد ههنا لوجهين : أحدهما - أن هذا بيع (٣) فيه احتمال المقصود ، فيكون فيه عطر ، فيكون غررا ، وقد نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر . والثاني - غير (٤) عالم بأوصافه ، فيكون بغير رضا ، ولهذا يثبت له الخيار ، والبيع بدون الرضا فاسد لقوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (٥) .

الجواب :

أما قوله : المنازعة مانعة من التسليم والقبض - قلنا : الظاهر من حال البائع أنه سلم المبيع دون غيره ، ثم إن رضيه المشتري ، وإلا فله الخيار .
قوله : لم قلتم بأنه لا يقف عليه تمام المصلحة ؟ - قلنا : نحن نسلم أن تمام المصلحة موقوف على الرؤية ، ولكن العقد يتعقد بأصل المصلحة - فقلنا بصحته مع خيار الرؤية استيفاء لأصل المصلحة وتكيتها له من إتمامها بالرؤية .

(١) في الأصل كنا : « ود » .

(٢) في الأصل : « أيها » . وفيما على في الجواب : « وأما شراء عبد من العبد الأئمة .. » .

(٣) في الأصل كنا : « تبع » .

(٤) في الأصل كنا : « عن » . أى اشتراه غير عالم .

(٥) النساء : ٢٩ : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ... ﴾ وفي الأصل : « ولا تأكلوا » .

(طريقة الخلاف في الله - م ٢١)

قوله : إن كان^(١) لا يقف عليه الركن والمصلحة لم لا يفسد [بانعدام الرؤية] ؟ - قلنا : تمكينا له من المصلحة واستيفائها . وأما إذا باع شيئا بأى ثمن شاء ، فموت من له [المشقة]^(٢) وإنكار الآخر محتمل^(٣) ، فيؤدى إلى المنازعة . وأما شراء^(٤) عبد ١/١٤ من العبيد الأربعة ، فاشتراط الخيار باطل ، كاشتراط / الخيار أربعة أيام ، فيبقى المبيع مجهولا كالشاة من القطيع . وأما البيع بألف ورطل خمر ، فوجه الفساد ظاهر - أما ههنا بخلافه .

قوله : بأنه يبيع غرر - قلنا : الجواب عنه ما مر في مسألة التقابض .

قوله : عقد عن غير رضا - قلنا : لا نسلم . وكيف يكون بغير رضا وهما بائعا والعقد عن طوع ورضا ، والرضا بالشئ قد يتحقق بدون العلم والرؤية ، بمجرد الظن^(٥) ، ثم له الخيار .

١٣٤ - مسألة : الكافر إذا اشترى عبدا مسلما بصحح الشراء ونجى على البيع في الحال . وعنده لا يصح أصلا .

والوجه فيه - أن هذا تصرف تملك ، فوجب أن لا يعرى عن إثبات الملك ، قياسا على المسلم .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع قصد إيقاع ذلك تملك ، في محل قابل للملك ، والشرع جملة بسبيل من ذلك ، فيقع تملك .

(١) تدو كذلك : « كان » .

(٢) في الأصل كذا : « المشا » .

(٣) في الأصل كذا : « متحمل » .

(٤) في الأصل كذا : « احد » - راجع هذه الصورة فيما تقدم قبل مطور حيث قال : « وكذا لو اشترى أحد هذه العبيد على أن يختار أيها شاء » . ولعل الكلمة هنا « أخذ » .

(٥) لعلها كذلك ، فهي في الأصل غير كاملة ففيه : « بمجرد الظن » .

أما القصد - فبديل الإقدام على الشراء .

وأما قبول المحل - فبالحكم ، والمعقول : أما الحكم ، فلأننا أجمعنا على أن الكافر إذا اشترى عبداً كافراً فأسلم في يده يبقى له الملك . وأما المعقول ، فللحاجة إلى المصلحة المتعلقة به .

وإنما قلنا : إن الشرع جعله بسبيل ، لأنه إنما جعله بسبيل من تمليك الكافر ، لمكان الحاجة - كذا هذا .

فإن قيل : لا نسلم بأن المحل قابل .

وأما الحكم : قلنا ذاك بقاء الملك لا ابتداء الملك ، وفي بقاء الملك ضرورة ، ولا ضرورة في الابتداء ، لأن الإهانة في ابتداء الملك ، أما في بقاءه فلا . ويجوز أن يكون الشيء محلاً للملك حالة البقاء دون الابتداء ، ألا ترى أن الخمر محل لبقاء الملك للمسلم^(١) وليس بمحل لابتدائه - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن المحل قابل ، ولكن لم قلتم إن الشرع جعله بسبيل منه ؟ .

وأما الحاجة - قلنا : لم تندفع حاجته بهذا الملك بالإجماع ، لأن عندكم يجبر على بيعه في الحال . ثم هذا / معارض بقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾^(٢) هـ .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن المحل قابل ؟ - قلنا : لما ذكرنا من الحكم .

قوله : جعل بطريق الضرورة - قلنا : هذا إشارة إلى الباقي مع قيام دليل المحلية ظاهراً ، وهو بقاء الملك .

(١) في الأصل : « المسلم » . انظر ما يلي بعد قليل في « الجواب » .

(٢) النساء : ١٤١ - وانظر فيما بعد الفاش ١ ص ٣٧٤ .

وأما الإهانة - قلنا : يعمل ذلك في حالة البقاء ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا .

وأما الخمر - قلنا : الخمر على الملك المسلم ابتداء وبقاء ، ولهذا يرث الخمر ، إلا أنه منع عن تملكه لسقوط تقومه ، لا لعلل المخلية .

وأما قوله : لم تندفع حاجته بهذا الملك ، لأنه يجبر على البيع - قلنا : حاجته حاصلة مندفة - لاحتمال أن غرضه من شرائه يكون التجارة ، فيبيعه بأكثر مما اشتراه ، فعلم أن ما ذكرناه مناسب - والله أعلم .

وأما الآية - قلنا : إثبات السبيل إنما يكون بإثبات ولاية التصرف عليه ، ونحن لا نثبت الملك على وجه يوجب التصرف ، بل على وجه يجبر على البيع في الحال .
١٣٥ - مسألة : بيع لبن الآدميات الحرائر والإماء لا يجوز .

والوجه فيه - أنه أضاف البيع إلى عمل غير قابل للحكمة^(١) ، فوجب القضاء بطلانه ، قياسا على بيع الدم .

وإنما قلنا ذلك - لأن حكم البيع هو الملك ، ولبن الآدمى ليس يقابل للملك ، لأن الدليل ينفي ثبوت الملك في المحال بأسرها ، لما فيه من حجر بعض المكلفين عن الانتفاع مع الاحتياج^(٢) ، إلا أننا أثبتنا الملك في البعض صيانة عن التعطيل أو عن التنازع ، ففي كل عمل يجب صيانة مصلحته عن التعطيل يثبت الملك وإلا فلا ، والمصلحة المتعلقة بلبن الآدميات لا يجب صيانتها عن التعطيل ، لأن اللبن إما أن يكون محلوبا أو في الثدي . فإن كان محلوبا ، لا يقام به المصلحة المضادة ، وهي التغذية ظاهرا وغالبا . وإن كان في الثدي فهذه المصلحة يمكن إقامتها باستعجار الضئير ، فلا حاجة إلى الملك .

(١) في الأصل : « لحكم » .

(٢) في الأصل : « الاحتياج » .

١/١١٥. فإن قيل : هذا / التعليل لانعدام الملك في لبن الآدمي مخالف للإجماع ، لأن الإجماع منعقد على ثبوت ماهية الملك للمرأة في اللبن ، وهي القدرة على التصرفات .

ولئن صح التعليل ، ولكن لا نسلم بأن الملك حيث ثبت إنما يثبت للصيانة عن التعطيل . وإنما يكون كذلك [حيث] إن الملك لو لم يثبت يتعطل المحل ، ولم يتعطل بدليل الحطب والحشيش .

ولئن سلمنا أن الدليل ينفي ثبوت الملك في سائر المحال ، ولكن اتفقنا على ثبوته في بعض المحال لمكان الحاجة ، فلم قلتم بأنه لم توجد الحاجة هنا ؟ .

قوله : بأن الملك يثبت لاستيفاء المصلحة ، والاستعجار ينفى عن ذلك - قلنا : الاستعجار ينفى عن المحلوب أو عن غير المحلوب ؟ إن قلتم عن المحلوب فلا ، لأن الإجارة لإتلاف العين لا تجوز . وإن قلتم عن الذي في الضرع ، فيع ما في الضرع لا يجوز بالإجماع .

قوله : استيفاء المصلحة من المحلوب غير معتاد - قلنا : فلا يكون في إثبات الملك حجر بعض المكلفين عن استيفاء المصلحة . وإن كان معتادا كان غرضه لتناول كل أحد ، فمست الحاجة إلى الملك .

الجواب :

قوله : الإجماع منعقد على ثبوت ماهية الملك للمرأة في اللبن - قلنا : لا نسلم . وأما تصرفها في اللبن - قلنا : ذاك (١) تصرف في الثدي . وأما لبنها فمباح - إلا أن الغير محجور عن التصرف في الثدي ، وهو غير محجور عن الثدي وعن اللبن جميعا لاختصاصهما بهما .

قوله : لم قلتم بأن الملك حيث ثبت إنما ثبت للصيانة عن التعطيل - قلنا : لأن المعنى من التعطيل تعطيل المصالح ، وإنه كذلك ، لأنه إذا كان مباحا فاحتياج الكل

(١) في الأصل قلنا : « دال » .

إليه يؤدي إلى التنازع ، فيؤدى إلى التعطيل للمصالح ، بخلاف الخطب والحشيش ، لأنه بعد الاحتطاب والاحتشاش يصير ملكا للمحتطب .

قوله : الاستعجار يبنى عن المحلوب أو عن غير المحلوب ؟ قلنا : عن غير المحلوب ، لأن المصلحة لا تتعلق بالمحلوب .

قوله : ليس فى إثبات الملك فى المحلوب حجر عن المكلفين - قلنا : تعلق المصلحة باللين المحلوب / ثابت وإن كان نادرا . وهذا القدر يكفى دلالة على نفى الملك ، لأنه يكفى للإباحة والإطلاق ، ولا يكفى للحاجة إلى إثبات الملك ، فلا يثبت الملك . ٢/١١٥

١٣٦ - مسألة . بيع العقار المبيع قبل القبض ، يجوز .

والوجه فيه - أن قبض العقار لا يقف عليه ركن البيع ولا المصلحة المطلوبة من البيع ، ولا انتفاء غرر انفساخ البيع بهلاك المبيع - فوجب أن لا يقف عليه صحة البيع قياسا على بيع المنقول^(١) قبل القبض .

وبيان أنه لا يقف عليه ركن البيع والمصلحة المطلوبة من البيع - ما مر فى المسائل المتقدمة .

وبيان أنه لا يقف عليه انتفاء غرر انفساخ البيع بهلاك العقود عليه - أن العقار لا يرد عليه الهلاك ، لأن ذلك بغلبة الماء والرمل عليه ، وذلك نادر جدا ، بخلاف المنقول ، لأنه لا يندر هلاكه ، فوجب أن يجوز البيع تحصيلًا للمصلحة .

فإن قيل : قولكم بأن قبض العقار لا يقف عليه ركن البيع - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن ركن البيع تمليك الرقة واليد جميعا واليد غير ثابت .

وثبت سلمنا أن القبض لا يقف عليه ركن البيع - لم قلتم بأنه لا يقف عليه المصلحة المطلوبة من البيع ؟ وهذا لأن معظم الانتفاع يحصل بعد القبض ، فتقف المصلحة على القبض .

(١) فى الأصل كنا : « المهور » ! وسأنى فى المسألة والجواب أن المقصود : « المنقول » .

ولئن سلمنا أنه لا يقف عليه ركنه ولا مصلحته - لكن لم قلّم بأنه لا يقف عليه انتفاء غرر الانفساخ في البيع بهلاك المعقود ؟.

قوله : لأنه نادر - قلنا : نعم . وهذا القدر يكفي للغرر بدليل أن المنقول إذا كان حجرا أو حديدا فهلاكه نادر ، ومع هذا كان غررا مفسدا للعقد .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد هذا الفساد ، لكن لم قلّم بأنه لم يوجد مفسد آخر ؟
وبيات [هـ] أنه وجد ، وذلك لأن المبيع لم يدخل في ضمان البائع لعدم^(١) القبض ، فلا يجوز بيعه ، كرهج ما لم يضمن .

الجواب :

قوله : الركن تمليك الرقبة واليد ، واليد غير ثابت -- قلنا : إمكان اليد ثابت / ١/١٦٦
بواسطة القبض ، وذاك يكفي في العقار ، لأن حقيقة اليد عليه لم تكن قط .

قوله : بأن معظم الانتفاع يحصل بعد القبض - قلنا : نعم ، وإمكان القبض ثابت ، فيقام مقام حقيقة القبض .

قوله : لم قلّم بأنه لا يقف عليه انتفاء غرر انفساخ العقد - قلنا : لأنه نادر جدا .
وأما المنقول إذا كان حجرا قلنا : كيفما كان ، فاحتمال الهلاك في العقار أندر وأبعد من احتمال الهلاك في المنقول ، لأنه يتطرق إلى المنقول من دواعي المهالك وإلا يتطرق إلى العقار .

قوله : وجد هنا مفسد آخر - قلنا : لا نسلم .

قوله : المبيع لم يدخل في ضمان البائع - قلنا : نعم ، ولكن المنهى هو ربح ما لم يضمن ، لا بيع ما لم يضمن ، ولئن كان فهو [مثل]^(٢) المنقول .

١٣٧ - مسألة : كل عقد له مجيز حال وقوعه ، كالبيع والإجارة ونحوهما ، ينقذ من الفضولى ، ويتوقف نفاذه على إجازة المالك : إن أجازه المالك ثبت حكمه مستندا إلى وقت العقد ، وإلا يبطل التصرف . وعنده : لا ينقذ أصلا .

(١) في الأصل كلا : « لعنر » . (٢) في الأصل : « من » .

والوجه فيه - أن البيع الصادر من الفضولى تصرف تمليك شرعا ، فوجب أن لا يعرى عن إثبات [العقد]^(١) فى الجملة ، قياسا على الوكيل .

وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إيقاعه تمليكا ، فى محل قابل له ، والشرع جعله بسبيل من ذلك : أن هذا التصرف مرضى به من جهة المالك ، لوجود دلالة الرضا ، وهو كونه نافعا له عند الحاجة ، من غير ضرر .

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف تمليك - قلنا : لا نسلم . ولا يتصور ذلك ، لأن التملك ، ولا ملك ، محال .

بيانه - أن السبب ما يلزمه الأثر ، وتصرف الفضولى لا يلزمه الملك ، لا قطعاً ولا ظاهراً ، لأن الملك بالإجازة ، ولا أمانة عليها ، بل على عديمها لما فيها من زوال الملك .
ولئن سلمنا أنه جاز أن يقع تمليكا ، ولكن لم قلتم بأن الشرع جعله بسبيل ؟ .

١١٦/٢ قوله : / بأنه مرضى به من جهة المالك - قلنا : ليس كذلك ، لأنه لو كان مرضيا به ، لكان وكيلاً لا فضولياً .

ولئن سلمنا أنه مرضى به من جهة المالك - لم قلتم بأنه أمكن تصحيح تصرف الفضولى ، وهذا لأن الإجازة إذا اتصلت^(٢) بهذا التصرف ، يثبت الملك فى حكم [ما] يتضرر به المالك وما لا يتضرر به جميعا ، وتصرف الفضولى ما انعقد على هذا الوجه بالإجماع .

ولئن سلمنا أنه أمكن تصحيحه ، ولكن إنما ينعقد إذا كان مفيدا ، وإنه غير مفيد^(٣) ، لأن المشتري يحتاج إلى إجازة المالك فيكون وجوده وعدمه سواء ، وصار كشراء الفضولى ، فإنه لا يصح بالإجماع . ثم إنه بيع فيه خيار الإبطال أبداً ، وإنه (١) لعل المراد « الملك » أى الملك الموقوف - انظر فيما على المسألة ١٣٨ ص ٣٣٠ - ٣٣٢ .

(٢) فى الأصل كنا : « الإجازة إذ اتصلت .. » .

(٣) فى الأصل : « غير مفيد » انظر الهامش ٤ - ٦ ص ٣٢٩ .

فاسد ، ولأنه بيع فيه غرر ، وقد نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر^(١) ، ولأنه بيع ما ليس عنده وقال عليه السلام : « لا تبيع ما ليس عندك »^(٢) .

الجواب :

قوله : لا يتصور التمليك - قلنا : يتصور ، لأنه لا يستحيل أن يرد الشرع بثبوت الملك بدون رضا المالك ، أو إن كان يقف على رضا المالك لكن رضا المالك متصور في كل زمان .

قوله : بأن السبب ما يلائمه الأثر - قلنا : تصرف الفضولي لا يعرف كونه سببا حال وجوده ، بل يتوقف على الإجازة ، فبعد الإجازة نعلم أنه كان سببا ، كالجرح والقتل .

قوله : لو كان مرضيا به لكان وكيلًا - قلنا : ليس كذلك ، لأن الوكيل من وكله المالك بلفظ التوكيل ، ولم يوجد .

قوله : الإجازة إذا اتصلت به ثبت الملك ، فيما لا يتضرر به ، وهو ما انعقد ، كذا قلنا : إذا وجدت الإجازة تبين أن تصرف الفضولي^(٣) كان مقتضيا للملك في حق جميع الآثار ، وإن ثبوت الآثار لم تكن ضررا في حقه .

قوله : إنما ينعقد إذا كان مفيدا وهو غير مفيد^(٤) - قلنا : لا نسلم ، بل هو مفيد^(٥) لأنه مفيد^(٦) توقف الإعتاق الصادر من المشتري ، ويفيد استحقاق الكسب والولد عند الإجازة .

(١) بلوغ المرام ، رقم ٦٦٢ ص ١١٩ و ٦٦٥ ص ١١٩ ورقم ٦٨٦ ص ١٢٣ : « ومن ابن مسعود رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر » رواه أحمد وأشار إلى أن الصواب وقفه » .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٦٥ ، ص ١١٩ .

(٣) في الأصل كذا : « الفضول » - انظر ما يلى بعد قليل

(٤ - ٦) في الأصل : « مفيد - مفيد - مفيد » راجع الحاشي ٣ ص ٣٢٨ .

١/١١٧ وأما شراء الفضولي / فإنما لا يجوز ، لأنه وجد نفاذا على المشتري - أما ههنا بخلافه .

قوله : بأنه بيع فيه خيار الإبطال أبدا - قلنا : نعم ، ولكن هذا لا يوجب فساد البيع ، كخيار العيب .

قوله : فيه غرر - قلنا : الغرر في ترتيب الآثار على البيع لا في نفس البيع ، فلا يوجب الفساد .

قوله : هذا بيع ما ليس عنده - قلنا : بلى ، ولكنه بيع من جهة الغير ، لا من جهة نفسه ، وإنه ورد على بيع حكيم بن حزام^(١) ، وإنه كان يبيع من جهة نفسه .

١٣٨ - مسألة : المشتري من الفاسب إذا أعتق العبد المشتري ، يصح ويتوقف على إجازة المالك البيع . فإذا أجاز البيع ، يعتق على المشتري ، ويكون الولاء له .

والوجه فيه - أن هذا الإعتاق صادف ملكا موقوفا ، فوجب أن يصح موقوفا وبهم عند تمام الملك له ، بإجازة المالك ، قياسا على إعتاق المشتري من الراهن بدون إجازة المرتهن .

(١) قال في البدائع ، ٥ : ١٤٧ : « .. روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها وتأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم إليهم فيبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال : لا تبع ما ليس عندك » وانظر فيه أيضا ص ١٤٨ - ١٤٩ . وابن قدامة ، المغنى ، ٤ : ٢٢٧ وفيه : « .. قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجة والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني ما لا تملك » وانظر : بلوغ المرام ، رقم ٦٨٤ ص ١٢٣ عن عروة البارقي ، وكذا سبل السلام ، ٣ : رقم ٧٧٢ ص ٨٣٣ . ٨٣٤ وانظر كتابنا : أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفى ، ج ١ ص ١٨٤ وما بعدها . ومختارنا : « العقد الموقوف في الفقه الإسلامي » مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٢٥ ، المجلد ١ ، ٢ ، مارس وبوينة سنة ١٩٥٥ ، ص ١١٠ - ٢٠٠ .

وإنما قلنا ذلك - لأن البيع الصادر من الغاصب وقع تملكاً لما مر ، والتمليك يقتضى ثبوت الملك بجميع آثاره ، فثبت الملك المقتضى لجميع آثاره ، إلا أنه امتنع ثبوت بعض الآثار ، وهو الذى يتضرر به المالك ، ولا مانع فيما لا يتضرر به ، فثبت الإعتراف موقوفاً .

ولمعنى من صحة الإعتراف موقوفاً ، انعقاده مقتضياً للأثر المختص به ، وهو الحق مع امتناع ثبوته لما منع وهو ضرر المالك ، وقامه يترتب الآثار عليه عند الإجازة . وإذا ثبت الملك يثبت حكمه وأثره .

فإن قيل : قولكم بأنه امتنع ثبوت بعض الآثار - قلنا : الملك حكم شرعى [و] حيث يثبت ، يقتضى ثبوت جميع الآثار . فإثباته على وجه لا يترتب عليه بعض الآثار غير مشروع .

ولئن سلمنا أنه مشروع ، ولكنه غير ممكن ، لأن الملك ثابت للمالك بجميع الآثار ، فلا يمكن إثباته للمشتري فى حق بعض الآثار ، لأنه يؤدى إلى الجمع بين ملكين : / دل عليه أن المشتري من الغاصب إذا باع والمسألة بحالها لا ينفذ البيع . ٢/١١٧

ولئن سلمنا أنه أمكن ، ولكن إنما يثبت إذا دل الدليل على ثبوته ، وهو رضا المالك ، ولم يوجد لما فيه من الضرر ، وصار كالمشتري بشرط الخيار إذا أعتق لا يتوقف ، وإن صادف ملكاً موقوفاً . وكذا الغاصب إذا أعتق ثم ملكه بأداء الضمان لا ينفذ^(١) . وكذا الطلاق فى نكاح الفضولى لا يتوقف .

الجواب :

قوله : الملك على هذا الوجه غير مشروع - قلنا : نحن ثبت للمشتري وصفاً مقتضياً لإطلاق التصرف له فى حق بعض الآثار دون البعض ، احترازاً عن تضرر المالك ، وهو المعنى بالملك الموقوف ، وإثمه مشروع .

(١) كذا فى الأصل .

قوله : هو غير ممكن لأنه جمع بين ملك المالك وملك المشتري - قلنا : نحن أثبتنا الملك للمشتري في حق حكم لم يثبت للمالك في حقه ، وهو توقف الإعتاق عليه ، فلا يؤدي إلى التنازع . وأما المشتري من الغاصب إذا باع - قلنا : ثمة لا يمكن إثبات الملك للمشتري الثاني أصلا ، فيبطل الشراء أصلا .

قوله : لم يوجد دليل الملك وهو رضا المالك ، لما فيه من الضرر - قلنا : لا نسلم ، بل وجد الرضا لأنه نافع في الجملة . وأما المشتري بشرط الخيار إذا أعتق - إنما لا يصح ، لأنه لم يملك المحل أصلا ، لأن الملك إنما يثبت بالسبب ، واشتراط الخيار مانع ، أما ههنا بخلافه . وأما الغاصب إذا أعتق ثم ملكه إنما لا يصح لأن الغصب ليس بسبب للملك ، لأن الملك فيه يثبت مستندا ، وذلك بطريق الضرورة ، فلا يثبت في حق حكم العتق . وأما الطلاق في النكاح الموقوف إنما لا يقع ، لأنه لم يصادف الملك والعبد أصلا (١) - أما ههنا بخلافه .

١٣٩ - مسألة : خيار الشرط لا يورث - خلافا له (٢) .

١/١١٨ والوجه فيه - / أن فسخ الوارث إبطال الملك معصوم حقا للغير ، فوجب أن لا يجوز ، قياسا على الفسخ بعد مضي ثلاثة أيام .

وإنما قلنا ذلك - لأن استثناء مدة الثلاث عن البيع لاستيفاء المصلحة التي اشتبهت عليه ليتأمل في مدة الخيار ، فيعرف المصلحة ، فيكون مقيدا بحال أهلية التأمل (٣) ، فإذا مات بطلت الأهلية فيبطل الاستثناء فيصير البيع باتا ، فكان فسخ الوارث إبطالا للملك ثابت ، فلا يجوز .

(١) الظاهر : أي وكلنا في العبد أصلا .

والظاهر أن المقصود هنا : العبد إذا أعتقه من اشتراه بشرط الخيار أو أعتقه الغاصب ثم ملكه على ماتقدم هنا .

(٢) قال السررندى في التحفة ، ٢ : ١٠٢ : « إذا مات المشروط له الخيار فإنه يسقط الخيار ولا يورث ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما . وقال الشافعي : يورث ويقوم الوارث مقامه ... » .

(٣) في الأصل كذا : « المابل » - وانتظر العبارة فيما يلي .

فإن قيل : لا نسلم بأن الملك ثابت للمشتري في مدة الثلاث ، وهذا لأن ثبوت الملك للمشتري في المبيع^(١) ، إنما يكون بثبوت ملك البائع في الثمن ، لأن الميت ليس بأهل للملك ، فلا يثبت ملك المشتري .

ولئن سلمنا أنه يثبت الملك للمشتري ، ولكن لم قلّم بأن غرضه من الاستثناء التأمل في المصلحة ، وظاهر أنه ليس كذلك ، لأن كلامه يوجب الاستثناء مدة الثلاث مطلقا ، فلا يجوز تقييده بالحياة .

ولئن سلمنا أن شرط الخيار لهذا الغرض ، ولكن بالموت بطلت أهلية التأمل بنفسه أم بخلفه ؟ م ع . بيانه - وهو أنا أجمعنا على أن الوارث يقوم مقامه في استيفاء المصلحة المطلوبة من خيار العيب وخيار الرؤية ، فيكون خلفه في خيار الشرط لمصلحة دفع الغبن^(٢) ، والدليل على أن هذه الأهلية لا تبطل بالموت أنه لا تبطل بالجنون ، لقيام الخلف مقامه ، وهو القاضي ، وكذلك العبد المأذون مع المولى .

ولئن سلمنا أن أهلية التأمل بطلت ، لكن لم قلّم بأن البيع يصير باتا ويثبت الملك ، وهذا لأن شرط الخيار إنما كان ليعرف المصلحة ، فإذا مات قبل معرفة المصلحة فلو ثبت الملك يثبت لا على وجه المصلحة ، فلا يجوز .

الجواب :

أما قوله بأن ملك المشتري يقف على ملك البائع في الثمن ، ولم يوجد ، لأنه مات^(٣) فلا يكون أهلا للملك - قلنا : الملك للبائع بعد موته في الثمن يمكن ، بدليل أنه لو نصب ثم مات ثم / تعلق به صيد ، يثبت الملك للميت ابتداء ، حتى ٢/١١٨ يقضى به ديونه ويجهز به .

(١) في الأصل : « في البيع » .

(٢) في الأصل كذا : « المين » - قال السمرقندي في النخبة ، ٢ : ١١٠ : « .. خيار الشرط شرع لدفع الغبن لحديث حبان بن منقذ » - راجع أيضا . النخبة ، ٢ : ٩٣ .

(٣) في الأصل : « لأنه شب » - راجع فيما سبق قوله : « لأن الميت ليس بأهل للملك فلا يثبت ملك المشتري » وانظر قوله فيما يلي .

قوله : كلامه يوجب الاستثناء مدة الثلاث مطلقا ، فلا يجوز تقيده بالحياة - قلنا :
يجوز تقييده بدلالة الحال ودلالة الغرض^(١) على ما عرف .

قوله بأن الوارث قائم مقامه - قلنا : لا نسلم . بيانه : وهو أنه أقدم على البيع
لاستيفاء مصلحة نفسه لا مصلحة غيره ، والناس مختلفون في المصالح ، بخلاف خيار
العيب وخيار الرؤية ، لأن الرؤية والعيب يستوى في علمه جميع الناس ، أما ههنا بخلافه .

أما إذا جن من له الخيار - قلنا : بقي الخيار لرجاء الإفاقة في الثلاث . فإن أفاق
عاد الخيار وإلا يصير البيع باتا بمضى الثلاث .

وأما العبد المأذون فالمولى لا يقوم مقامه في الخيار ، بل يثبت الخيار للمولى ابتداء -
أما هنا بخلافه .

قوله : الخيار ليعرف المصلحة - فإذا مات قبل معرفة المصلحة ، فلو ثبت الملك ثبت
لا على وجه المصلحة . - قلنا : شرط الخيار لمصلحتين : محملة تتعلق بنفس البيع ،
ومفصلة تتعلق بالتأمل ، وهنا فأتت المفصلة ، فثبت الملك للمصلحة المحملة .

١٤٠ - مسألة : رجلان اشتريا شيئا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام ، لا ينفرد أحدهما
بالفسخ . وكذا في خيار الرؤية وخيار العيب - خلافا لهما .

والوجه فيه - أن شرط الرد قد فات ، فيمتنع الرد ، قياسا على ما إذا تعيب المبيع في
يد المشتري .

وإنما قلنا ذلك - لأن شرط الرد كون المبيع على الحالة التي كان عليها عند البيع ،
لأنه ماضى يعود المبيع إلى ملكه معيبا بعيب حادث ، لما فيه من ضرر الخسران ، والمبيع
ههنا تعيب بعيب حادث ، لأنه صار مشتركا ، والشركة في الأعيان عيب ، بدليل
الحكم والمعقول :

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أنه لو اشترى شيئا فاستحق بعضه ، يثبت له حق
الرد بعيب الشركة .

وأما المقول - فهو أن العيب / ما يخل بالانتفاع بالمبيع ، والشركة تخل به ، حتى لو ١/١١٩
كان جارية مشتركة لا يخل له وطؤها ، فثبت أن الشركة أوجبت صيا ، فيفوت شرط الرد .

فإن قيل : قولكم بأن المبيع هنا تعيب بعيب حادث - قلنا : لا نسلم .

وأما الشركة - قلنا : لا نسلم بأنه يصير مشتركا ، وهذا لأن كل واحد منهما يرد كل
المبيع عندنا ، فلا يصير مشتركا .

ولكن سلمنا أن كل واحد منهما لا يتفرد بالرد في الكل ، لكن لم لا يتفرد يرد
نصيبه ؟ .

قوله : شرط الرد كون المبيع غير معيب بعيب حادث - قلنا : بعيب حادث قبل
القبض أم بعده ؟ ع - ولا يمكن دعواه ، لأن العيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد .
والثاني (١) مسلم - ولكن هذا عيب حادث قبل القبض ، لأنه لما (٢) وجد البيع صابرا
العين مشتركا في الحال ، فكان قبل القبض ، فلا يمنع الرد .

ولكن سلمنا أنه بعد القبض - ولكن لم قلتم بأنه ماضى بعوده إلى ملكه معيبا ؟ وهذا
لأن إقدامه على البيع مع علمه بكونه معيبا ومع علمه بأنها قد يتفقان وقد لا يتفقان ،
دليل على كونه راضيا بعيب الشركة ، وصار كما إذا اشترى عبدا على أنه بالخيار في
النصف ، يتفرد كل واحد منهما برد النصف - كلنا هذا .

ولكن سلمنا أن في الرد ضررا بالبايع ، ولكن في منع الرد ضرر بالمشتري .

الجواب :

قوله : كل واحد منهما يرد كل المبيع - قلنا : هذا مخالف مذهب الخصم ، لأن
المقول من مذهبه أن كل واحد منهما يتفرد برد نصيبه .

(١) في الأصل كلنا : « والثا » بدون « في » .

(٢) في الأصل تبدو : « كما » .

قوله : للمانع من الرد عيب حادث قبل القبض أم بعده ؟ - قلنا : الدليل يقتضى المنع من الرد بغيب حادث قبل القبض وبعبءه ، فيضرر البائع ، إلا أنا توافقنا على تحمل ضرر عيب يحدث قبل القبض ، ولكن بشرط أن لا يمكن الرد بدون ذلك العيب ، كقنوات الطرف - وهنا أمكن بأن يتفقا عليه .

٢/١١٩ قوله : إقدامه على البيع مع العلم بالعيب دليل الرضا بالرد / - قلنا : ذاك دليل الرضا ، بأن يعود إليه معيبا بذلك العيب لا بعيب آخر . ويمكن ذلك باتفاقهما عليه ، بخلاف ما ذكر من الصورة ، لأنه ثمة وجد الرضا صريحا - أما ههنا بخلافه . .

وأما ما ذكر من المعارضة - قلنا : دفع الضرر عن البائع أولى ، لأنه ضرر لا يقابله عوض ، وضرر المشتري يقابله عوض ، وهو الرجوع بالنقصان^(١) ، فكان دفع الضرر الأعلى أولى .

١٤١ - مسألة : المشتري إذا أفلس بعد قبض المبيع أو مات مفلسا ، لا يثبت للبائع حق الفسخ ، بل يباع المبيع ويقسم بين الغرماء بالجخص . وعنده : يثبت للبائع حق والوجه فيه - أن الفسخ لم يتعين طريقا لإيفاء حق البائع ، فوجب أن لا يثبت للبائع حق الفسخ ، قياسا على ما إذا مات مليئا^(٢) .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع كما يمكنه الوصول إلى حقه بالفسخ ، يمكنه الوصول إلى حقه بمجرى المشتري على بيع المبيع أو بيعه القاضى ، فيصل الثمن إلى البائع . وإذا ثبت أن الفسخ لم يتعين طريقا ، وجب أن لا يثبت حق الفسخ ، لأن فى الفسخ إبطال ملك المشتري عن المبيع ، وهو ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الفسخ لم يتعين طريقا لإيفاء حقه - قلنا : هذا إنما يستقيم أن لو كنا نثبت حق الفسخ للبائع لإيفاء حقه فى الثمن ، وليس كذلك ، بل لإيفاء حقه فى المبيع .

(١) فى الأصل كنا : « بالنقصان » .

(٢) فى الأصل : « مليا » وتلوه الرجل صار مليئا أى ثقة فهو تليء - بخار الصحاح .

ولكن سلمنا أن حق الفسخ يثبت لإيفاء حق البائع في الثمن ، لكن لم قلّم بأنه لا يثبت ؟ .

قوله : الفسخ لم يتعين طريقا ، لأنه يمكن إيفاؤه بالجبر على البيع - قلنا : لا يمكن الجبر لتعلق حق [المشتري] بالمبيع .

ولكن سلمنا أنه يمكن الجبر ولكن لا يمكن إيفاء كل^(١) الثمن إلى البائع ، لتعلق حقوق الغرماء به .

ولكن سلمنا أنه يمكن إيفاء كل الثمن إلى البائع ، لكن في الحال أم بواسطة البيع ؟
ع م - ولكن إذا عجز عن استيفاء الثمن في الحال لم لا يثبت له حق الفسخ ؟ - ألا ترى أنه لو اشترى / عبدا فوجده مرهونا يثبت له حق الفسخ وإن كان إمكان التسليم ١/٢٠
بعد فك الرهن قائما - كنّا هذا .

ولكن سلمنا أنه أمكن إيفاء حقه بطريق آخر ، ولكن أمكن بطريق الفسخ أيضا .
قوله بأن الفسخ إضرار بالمشتري لما فيه من إبطال ملكه - قلنا : هذا الضرر يلزمه لا محالة ، لأنّ البائع يزول ملكه ، فأنتم تلزمونوه هذا الضرر بالبائع ، ونحن بالفسخ - فلم كان ما ذكرتم أولى ؟ .

ثمّ التعليل معارض بما روى عن أبي هريرة قال : « سمعت النبي ﷺ يقول : من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره [٥] » - أخرجه البخاري ومسلم^(٢) .

(١) « كل » تبدو في الأصل كأنها مشطوبة ، لكن سيأتى في الجواب : « كل الثمن » .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٢٥ ص ١٣٠ - ١٣١ : عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره » متفق عليه . ورواه أبو داود ومالك من رواية أبي بكر بن عبد الرحمن مرسلًا بلفظ : « أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجد متاعه بعينه فهو أحق به . فإن مات للمشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء » ورواه البيهقي وضعفه تبعًا لأبي داود . وروى أبو داود وابن ماجه من رواية عمر بن حنظلة : أتينا أبا هريرة في صاحب لنا =
(طريقة الخلاف في الفقه - م ٧٢)

الجواب :

قوله يثبت حق الفسخ لإيفاء حقه في المبيع - قلنا : إنما يستقيم هذا أن لو بقي حقه في المبيع ، وقد انتقل حقه في المبيع بالبيع ، حتى لو كان المبيع جارية يحل للمشتري وطؤها .

قوله : لا يمكن إيفاءه بالجبر على البيع لتعلق حق المشتري - قلنا : وفي الفسخ أيضا إبطال حق المشتري ، فلا يمكن التحرز عنه .

قوله : لا يمكن إيفاء كل الثمن إلى البائع لتعلق حق الغرماء - قلنا : هذا فرض على المجهب . وله أن يفرض في صورة لم يكن غريم آخر .

قوله : يمكنه إيفاء الثمن في الحال أم بواسطة البيع ؟ قلنا : بواسطة البيع ، ولكن الوسيلة مقنونة له في كل زمان وظاهرا ، وأما إذا وجد المبيع مرهونا ، لا يثبت له حق الفسخ ، بل له أن يطالبه بالفكاك والتسليم إليه .

قوله : أمكن بطريق الفسخ أيضا - قلنا : الفسخ إضرار .

قوله : هذا الضرر يلحقه لا محالة - قلنا : الضرر الذي يلحقه بالبيع دون الضرر الذي يلحقه بالفسخ ، لأن بالبيع يمكنه التصرف في الثمن على وجه يوفي حق غرماء آخر ، فكان أولى .

وأما الحديث - قلنا : بما روى هـ السجستاني في لفظ له : « وإن مات [المشتري صاحب المتاع أسوة للغرماء » (١) .

= قد أنس فقال : لأخصين فيكم بقضاء رسول الله ﷺ : من أنس أو مات فوجد رجل متاعه بعينه فهو أحق ٤ . وصححه الحاكم وضعف أبو داود هذه الزيادة في ذكر الموت « وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨١٣ ، ص ٨٧٢ - ٨٧٥ .

(١) راجع فيها تقدم المامش السابق .

١٤٢ - مسألة : وطء الثيب يمنع الرد بالعيب .

والوجه فيه - أن شرط الرد بالعيب قد قات ، فيمتنع الرد ، قياسا على وطء البكر .

وإنما قلنا ذلك - لأن شرطه كون المبيع على الحالة (١) التي كان عليها عند البيع - والمبيع ههنا تغير عما كان عليه عند البيع ، لأنه بالوطء استوفى ماءها من تربتها فاحتبس جزء منها (٢) ، فلا يتمكن البائع من اقتضاء الشهوة منها على سبيل الكمال ، فلا يتمكن من الوصول إلى ملك الولد ، فيمتنع الرد .

فإن قيل : التعليل باطل طردا وعكسا : أما طردا - فإننا أجمعنا على أنه لو استوفى ماءها باللمس عن شهوة ، واحتلمت ، لا يمتنع الرد بالعيب . وأما عكسا - فلأن عندكم لو وطئها وهي صغيرة ، يمتنع الرد بالعيب ، وإن لم يوحد استيفاء الماء .

ولئن صح التعليل ولكن لا نسلم بأنه استوفى ماءها - بيانه : أن إنزالها أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه ، والوطء ليس بسبب له قطعاً ، بل محتملاً لاختلاف الناس فيه .

ولئن سلمنا أنه استوفى ماءها ، ولكن لم قلّم بأنه يمتنع الرد ؟

قوله : لأنها تغيرت - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن بمجرد البيع زال ملك البائع وتغير عليه الوصول إلى الولد وقضاء الشهوة ، فلم تتغير بالوطء .

(١) في الأصل كذا : « كون المبيع على المبيع على الحالة » وظاهر أن في العبارة تكراراً .

(٢) كذا في الأصل - قال تعالى : ﴿ يخرج من بين الصلب والترائب ﴾ (الطارق : ٧) . وترائب المرأة . والترائب جمع تربة وهو موضع القلادة من الصدر . والولد لا يكون إلا من المائتين . وقيل : الترائب ما بين التدينين وقال الضحاك ترائب المرأة [في] اليدين والرحلين والعينين ... الخ والترية واحدة الترائب وهو عظام الصدر - راجع : الشوكاني ، فتح القدير ، ٥ : ٤١٩ . فقد أورد أقوالاً كثيرة . وفي المحرم البسيط : الترائب عظام الصدر مما يلي الترقوتين وموضع القلادة . وفي مختار الصحاح : الترية واحدة الترائب وهي عظام الصدر .

ولئن سلمنا أنها تغيرت باستيفاء مائها ، ولكن ماعها فات إلى خلف ، لأن رجمها أو تربتها لا يخلو عن تجدد المياه فيها ، فصار كالإنزاء^(١) على البهيمة ، فإن [هـ] لا يمنع الرد - كذا^(٢) هذا .

ولئن سلمنا أنه احتبس جزؤها ، ولكن جزء هو مال أم جزء ليس بمال^(٣) ؟ ع م - وماها ليس بمال ، لأنه لا يجري فيه البذل والمعاوضة ، واحتباس ما ليس بمال لا يمنع الرد - ألا ترى أنها لو أرضعت عنده لا يمنع - كذا هذا ..

الجواب :

أما قوله : بأنه باطل طردا وعكسا - قلنا : الحكم غير معلق بحقيقة استيفاء الماء ، فتعلق بسببه ، وهو الوطء ، / واللمس ليس بسبب ، وفي الاحتلام لا يقبل قولها على المشتري ، فلا يحكم به . ١/١٢١

وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه ، لأن الشرع أقام الوطء مقام نزول الماء ، في حق ثبوت النسب ، فيكون سببا .

قوله : لم قلم بأنها تغيرت ؟ قلنا : لأننا هذا الماء الذي نزل منها بوطء المشتري كان موجودا عند البيع ، وقد زال .

قوله : فات إلى خلف - قلنا : فات لا إلى خلف ، لأن الفاتت هو الوصول إلى ملك الولد ، وذلك بالوطقات المسبوقه لجميع المياه عادة ، وقد فات ، بخلاف البهيمة فإن الولد يحصل بوطء واحد .

قوله : الفاتت جزء^(٤) هو مال أم ليس بمال ؟ قلنا : الفاتت مقصود مطلوب

(١) نزا الفحل وشب وأنزاه جملة يتزو - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل : « كد » .

(٣) في الأصل كذا : « جزا هو مال أم جزا ليس بمال » .

(٤) في الأصل : « حر » .

مها ، وهو كآل الشهوة الذى هو سبب الولد ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها رتقاء^(١) ثبت له حق الرد ، لفوات المقصود ، بخلاف ما إذا أرضعت ، لأن فوات اللبن ليس بفوات المقصود ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوجدها غير ذات اللبن ، ليس له أن يردها - أما ههنا بخلافه .

١٤٣٠ - مسألة : قال أبو حنيفة : إذا باع نفس العبد منه بجارية أو أعتق عبده على جارية ، ثم استحققت الجارية أو ردت بعيب ، يرجع المولى على العبد بقيمة العبد لا بقيمة الجارية . وعندهم بقيمة الجارية .

والوجه فيه - أن السبب الموجب لتسليم الجارية قد بقى ، وقد عجز عن تسليم نفس الجارية ، فيجب تسليم ما جعل مثلاً لها بحكم العقد وهو العبد ، وقد عجز عن تسليم العبد ، فيجب عليه تسليم قيمته ضرورة .

وإنما قلنا - إن السبب الموجب لتسليم الجارية بقى - وذلك لأن السبب إنما هو العقد السابق وقد بقى ، لأنه لو لم يبق إنما لا يبقى بالفسخ ، وإنه لم يفسخ ، لأنه لا يقبل الفسخ / فعلم أن السبب الموجب لتسليم الجارية قد بقى ، وقد عجز عن تسليم نفس الجارية ، فيجب عليه تسليم مثلها دفعا للضرر ، ومثلها قد يكون بقيمتها باصطلاح الناس ، وقد يكون باصطلاح العاقدين ، وهو العبد فى هذه الصورة ، والمثل الذى جعل بتراضيهما أولى ، لأن اصطلاحهما أنفذ فى حقهما ، ومنى عجز عن تسليم العبد ، يجب عليه تسليم مثله ، وهو قيمته دفعا للضرر .

فإن قيل : لا نسلم بأن العبد مثل الجارية ، لأن الماثلة بين الشيئين إنما تكون من حيث الصورة أو من حيث المعنى - وهنا الماثلة من حيث الصورة متنتية . وكذا من حيث المعنى ، لأن المعانى المطلوبة من الجارية غير المعانى المطلوبة من العبد - عاية ما فى الباب أنها اتفقا على مادلة العبد بالجارية بالبيع ، ولكن هذا لا يدل على أنها جعلاهما مثلين ، بل طلب كل واحد منهما ما فى يد صاحبه .

(١) المرأة رتقاء انسدت فلا تزنى - المعجم الوسيط .

والدليل على أن العبد ليس بمثل للجارية ، أنه لو أتلّف جارية ، لا يحب عليه عبد ، بل قيمتها .

ولئن سلمنا أن العبد يصلح مثلا للجارية ، ولكن لم قلّم بأنهما جعلاه مثلا ، وهذا لأنهما جعلاه العتق عوضا عن الجارية ، لأن نفس العبد والعتق ليس بمال^(١) ، فلا يكون له قيمة ، فصار كما إذا تزوج على جارية أو خالغ أو صالح عليها ، ثم استحققت : يرجع بقيمة الجارية - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن نفس العبد عوض الجارية ، ولكن إنما يجب تسليمه إذا أمكن ، ولا يمكن ، لأننا لو قلنا بوجود تسليم العبد ، لما أنه مثل الجارية ، فإذا عجز عن تسليم العبد ، يجب تسليم الجارية - لأنها مثله بالعقد . وإذا عجز عن تسليم الجارية يجب تسليم العبد ، فيؤدى إلى الدور ، فتجب القيمة ، كى لا يؤدى إلى الدور ، وصار كما إذا كاتب عبده على جارية ثم استحققت ، يرجع / عليه بقيمة الجارية . وكذا إذا تبايعا عبدا بمجارية ، وتقايلا ، فهلكت الجارية ، قبل القبض، يرجع بقيمة الجارية . وكذا إذا اشترى دارا بمجارية وأخذ الشفيع الدار بقيمة الجارية ثم استحققت الجارية ، يرجع بقيمة الجارية .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأن العبد مثل الجارية - قلنا : نحن لا ندعى كون العبد مثلا للجارية مطلقا ، ولكن ندعى أنه مثلها في المالية ، بمعنى أن ماليته مقدرة بمالية الجارية ، وإنه كذلك ، بدليل أنه لو باع الجارية [بالعبد] فهلكت الجارية في يد البائع قبل قبض المشتري ، فهلك مضمونة بالعبد ، بخلاف ما إذا استهلك [بها] ، حيث يجب قيمتها ، لأن هناك لم يوجد اصطلاح العاقدين .

قوله : إنهما جعلاه العتق عوضا لا نفس العبد - قلنا : لا نسلم ، بل العوض نفس العبد ، لأن العوض ما يستفاد من جهة العوض ، والعاقدين إنما يمكنه التعويض بما يملكه

(١) « بمال » غير ظاهرة وقد تكون « مال » وقد كتبت بحروف صغرى جدا بين السطرين .

وهو النفس ، لا العتق ، إلا أن حصول العتق من ضروراته^(١) ، بخلاف الصلح والخلع ، فإن العوض ثمة سقوط القصاص وسقوط ملك النكاح .

قوله : يؤدي إلى الدور - قلنا : لا نسلم . بيانه - أنه إنما يؤدي إلى الدور أن^(٢) لو وجب تسليم الجارية عند العجز عن تسليم العبد ، وإنه لا يجب . أما يجب تسليم العبد عند العجز عن تسليم الجارية ، لأن الجارية واجبة للمولى ، بالعقد ، والعقد باق ، فيلزم العبد ، إذا عجز عن تسليمها ، تسليم بدلها وهو العبد . فأما العبد فلا يجب تسليمه بالعقد ، بل بحكم أنه قيمة الجارية .

وأما مسألة الكتابة^(٣) - فهي على هذا الخلاف .

وأما الإقالة - قلنا : الإقالة فسخ ، وليس ببيع ، فلم يبق العقد^(٤) .

وأما مسألة الشفعة - قلنا : الموجب الأصلي ثمة تسليم قيمة الجارية / ولم يقع العجز ٢/١٢٢ عنها - أما ههنا بخلافه .

١٤٤ - مسألة : سَلَمَ الحال بغير الأجل لا يجوز .

والوجه فيه - أن المسلم إليه لا يظن : إما أن يكون قادراً على تسليم مثل المسلم فيه في الحال ، أو لا يكون قادراً .

فإن كان قادراً - لا يجوز ، لأن عقد السلم جواز بطريق الضرورة ، لأنه جواز بطريق الرخصة ، لما روي في الحديث « أنه رخص في السلم »^(٥) ، والرخصة إباحة الشيء مع قيام دليل الحرمة للضرورة ، ولا ضرورة فيما إذا كان قادراً ، فلا يجوز .

(١) في الأصل كذا : « من ضروره انه » .

(٢) في الأصل كذا : « الدوران » .

(٣) وهي ما إذا كاتب عبده - راجع ما تقدم .

(٤) راجع تكييفها في : السمرقندي ، النخبة ، ٢ : ١٦٣ - ١٦٥ .

(٥) روى أن النبي ﷺ « نهي عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم » - انظر : السمرقندي ، النخبة ، ٢ : ٥ . وكنا : أحكام المعاملات المالية في الفقه الحنفي ، ج ١ ص ٥١٤ وما بعدها .

وإن لم يكن قادراً في الحال - لا يجوز ، لأنه يؤدي إلى المنازعة ، لأن صاحبه يطالبه بالتسليم ، وهو يجمع بحكم العجز ، وكل عقد يفرض إلى المنازعة ، فهو حرام^(١) .

فإن قيل : قولكم بأن الرخصة إباحة الشيء المحرم لصعوبة - قلنا : لا نسلم بأن قيام الضرورة شرط بل الرخصة إباحة الشيء مع المحرم .

ولئن سلمنا أن قيام الضرورة شرط ، ولكن في الجملة أم الحال ؟ م ع - ولا يمكن دعواه بدليل أنه لو كان له نقود كثيرة فباشر السلم ، يجوز .

ولئن سلمنا أنه لا يجوز السلم على تقدير القدرة على التسليم ، لم لا يجوز على تقدير العجز عن التسليم في الحال ؟ .

قوله : بأنه يؤدي إلى المنازعة - قلنا : الاعتراض عليه من وجهين :

أحدهما - نقول : الشرط وجود التسليم حقيقة أم باعتبار الدليل ؟ م ع - وهذا لأن حقيقة التسليم قد تمتع لما منع في الحال ، فتعلق الحكم بدليل وقد وجد ، لأنه باشر سلم الحال ، فدل على القدرة في الحال .

والثاني - أن الشرط هو القدرة على التسليم حال وجوب التسليم أو قبل وجوبه ؟ م ع - بيانه : أن التسليم إنما يجب بعد العقد ، وبعد العقد يصير قادراً على التسليم ، لأنه ملك رأس المال في المجلس فيمكنه أن يشتري به مثل المسلم فيه^(٢) .

ثم التعليل معارض بما روى عن النبي ﷺ / « أنه رخص في السلم » مطلقاً^(٣) . ١/١٢٣

(١ - ٢) راجع في السلم : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٤ وما بعدها وفيه (ص ٢١١) أنه يشترط في المسلم فيه « أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت محل الأجل . ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس ، كالحبوب . فأما إذا كان منقطعاً وقت العقد أو وقت حلول الأجل أو فيما بين ذلك - فإنه لا يجوز عدنا . وقال الشافعي : إن كان موجوداً وقت محل الأجل يجوز ، وإن كان منقطعاً في غيره من الأحوال » .

(٣) راجع فيما تقدم الهامش ٥ ص ٣٤٣ .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن قيام الضرورة شرط للرخصة ؟ - قلنا : لا [ن] الرخصة إنما تكون مع قيام الدليل المحرم ، ولا يجوز ترك الدليل المحرم إلا للضرورة .

قوله : الضرورة شرط في الجملة أم الحال ؟ قلنا : الشرط قيام الضرورة ، إما باعتبار ذاتها أو باعتبار دليلها ، وفيما إذا كانت له أموال كثيرة فأسلم إلى أجل وجد دليل الضرورة ، وهو الإقدام على السلم .

قوله : الشرط وجود التسليم حقيقة أم باعتبار الدليل ؟ قلنا : الشرط وجود التسليم ، كي لا يؤدي إلى المنازعة .

قوله : وجد دليل التسليم ، وهو الإقدام على السلم - قلنا : ذلك لا ينفي المنازعة ، لأن المنازعة إنما تنقطع بحقيقة التسليم .

قوله : بعد العقد يصير قادرا - قلنا : لا نسلم - يانه : أن الظاهر أن رب السلم لا يسلم رأس المال إليه . هذه الصورة إلا بعد إحضار المسلم فيه .

ولئن سلمنا أنه يصير قادرا بعد العقد ، ولكن القدرة على التسليم على هذا الوجه لا تجتمع مع الضرورة الداعية إلى السلم ، لأن المسلم إنما يقض رأس مال السلم ، ليعرفه في حوائج نفسه ، لا ليشتري به لرب السلم .

وأما الحديث - فمعارض بما روى عن عبد الله بن عباس قال : قدم النبي ﷺ المدينة وهم يُسَلِّفون في التمار السنين والثلاث فقال : من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم « (١) » .

(١) في بلوغ المرام ، رقم ٧١٧ ص ١٢٩ : « عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قدم النبي ﷺ المدينة وهم يُسَلِّفون في التمار السنة والستين فقال : « من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه . وللحارثي : « من أسلف في شيء » . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٠٥ ، ص ٨٦٥ - ٨٦٦ . والسرقتدي ، التلحة ، ٢ : ٥ . والسلف بيع السلم - المعجم الوسيط وانظر أيضا مختار الصحاح .

والترجيح معاً (١) لوجهين .

أحدهما - أن ما رويناه منقطع على صحته - أخرجه البخارى ومسلم .

والثاني - أن ما رويناه مقيد ، وما رويناه مطلق ، فكان ما رويناه أولى .

١٤٥ - مسألة : إذا أسلم في المنقطع في غير حينه وجعل الأجل في حينه ، أو

أسلم في حينه وجعل الأجل في حينه ، وهو منقطع / فيما بين ذلك ، لا يجوز . خلافاً

له (٢) .

والوجه فيه - أنه أسلم فيما لا يقدر على تسليمه عند الأجل ، فوجب أن لا يجوز ،

قياساً على ما إذا جعل الأجل في غير حينه .

وإنما قلنا ذلك - لأن القدرة على التسليم عند الأجل إما يكون بوجود مثل المسلم فيه

في يده أو ملكه عند الأجل ، وذلك إما يكون بالاكْتِسَاب ، والاكْتِسَاب لا بد له من

مدة وزمان ، ولا يتمكن من الاكْتِسَاب في كل هذه المدة ، لأنه لا يتمكن من

الاكْتِسَاب في زمان الانقطاع لانعدامه ، فلا يقدر على التسليم ، فلا يجوز السلم .

فإن قيل : قولكم بأنه لا يتمكن من الاكْتِسَاب في زمان الانقطاع - قلنا : لا

نسلم ، وهذا لأن الاكْتِسَاب كما يكون بطريق النقل من يد غيره إلى يده ، يكون

بواسطة الاستحداث والزراعة ، فيكون قادراً في كل المدة ، ولأنه قادر في مدة الانقطاع

على اكْتِسَاب الثمر والمواضعة (٣) مع البائع إلى أوانه ، فيكون قادراً في كل المدة .

ولكن سلمنا أنه غير قادر على الاكْتِسَاب في كل هذه المدة ، ولكن لا نسلم بأنه إنما

ضرب هذه المدة ليقدر على التسليم بالاكْتِسَاب في كل هذه المدة ، بل ليقدر

بالاكْتِسَاب في بعضها وهو مدة الوجود .

الجواب :

قوله : الاكْتِسَاب كما يكون بطريق النقل يكون بطريق الاستحداث والزراعة - قلنا :

ليس كل أحد يقدر على الزراعة والاستحداث ، فلا يكون هذا طريقاً يعم كل

المكلفين ، وأما الكسب بطريق النقل [ف] يعم الكل ، فكان أولى .

قوله : يمكنه ذلك بتحصيل الثمن في المدة والمواضعة (٤) مع البائع - قلنا : هذا

(١) العين غير ظاهرة فنكون « معنا » وهو الغالب أو « منا » .

(٢) راجع فيما تقدم الماش ١ - ٢ ص ٣٤٤ .

(٣) - انظر : الكاساني ، الدائع ، ٥ : ٢٢٠ - ٢٢٨ . وكتابنا : أحكام المعاملات

إشارة إلى الشراء في الزمان المعين ، والشراء في زمان معين ، لا يقدره على التسليم ،
لأن [نه] قد تتفق المصلحة في الشراء وقد لا تتفق .

قوله : لم قلم بأن ضرب المدة كان للقدرة على التسليم في كل المدة - قلنا : شرع
التأجيل في باب السلم للإقذار^(١) عن التسليم ، وتعيينه لهذه المدة دلالة على أنه شرطها
للإقذار فيها . على أنه / متى وقع الشك في القدرة لا تثبت بالشك ، ولو فرضنا الكلام
فيما إذا كان كل المدة زمان الانقطاع شرطاً^(٢) للسؤال .
والله أعلم .

١٤٦ - مسألة : السلم في الحيوان لا يجوز ، وإن بين أوصافه . وعنده : يجوز إذا
بين جنسه ونوعه وسنه ووصفه^(٣) .

والوجه فيه - أن هذا عقد لا يعرى عن المنازعة ، فوجب القضاء بفساده ، قياساً
على السلم في اللآلئ والفصوص^(٤) .

وإنما قلنا ذلك - لأن المسلم فيه ، حيواناً كان أو غيره ، لا يكون معينا مشاراً إليه ،
بل هو غائب أو معدوم يعرف بذكر أوصافه ، والحيوان مختص بحالة لا يمكن إعلامه
بذكر أوصافه على وجه لا يبقى بينه وبين غيره تفاوت فاحش مع اشتغاله على تلك
الأوصاف ، وإذا بقي التفاوت الفاحش في القيمة جاءت المنازعة ، لأن رب السلم
يطلبه بتسليم حيوان ، وصاحبه يسلم أدنى منه ، فيؤدى إلى المنازعة ، فيفسد العقد .

فإن قيل : قولكم بأنه لا يمكن إعلامه بذكر أوصافه على وجه لا يبقى التفاوت -
قلنا : لا نسلم بأنه يتصور التفاوت والجهالة في المسلم فيه - بيانه : أن المسلم فيه ليس

(١) أقدره الله على الأكر قواه عليه - المصمم الوسيط .

(٢) في الأصل : « شرط » . وراجع فيما تقدم الهامش ٣ - ٤ ص ٣٤٦ والهامش ١ - ٢
ص ٣٤٤ .

(٣) (٤ - انظر : السمرقندى ، التحفة ، ١٥ : ١٦ -

بشيء موجود لا في يده ولا في ملكه ، بل هو مملوك في الذمة ، يصير موجودا حكما بالوصف ، بقدر ما يصير مذكورا ، فلو تحقق التفاوت يتحقق في الموجود ، لا في المسلم فيه ، فلا يفسد .

ولئن سلمنا أنه يتصور التفاوت ، ولكن إذا بين وصفه وسنه ونوعه لم يبق بعد ذلك إلا تفاوت يسير ، فلا يمنع جواز العقد .

ولئن سلمنا أنه يبقى تفاوت ، ولكن هذا تفاوت غير مستحق بالعقد ، فلا يفسد .
ولئن سلمنا أنه تفاوت في المستحق بالعقد ، لكن لم قلم بأنه يؤدي إلى المنازعة ، وإنما يؤدي / إلى المنازعة إذا كان يوجد في يد المسلم إليه ، أو كان يوجد ولكن لا يطالبه رب السلم ظاهرا وغالبا ، وإن طالبه فالقاضي يقطع الخصومة .
الجواب :

قوله : لا يتصور التفاوت والجهالة في المسلم فيه - قلنا : عنه جوابان :
أحدهما - أنه يتصور الجهالة والتفاوت في نفس المسلم فيه ، لأن المسلم فيه هو الحيوان الموصوف في الذمة .

والثاني - أن يوجد التفاوت في نفس المسلم فيه ، لكن يتحقق التفاوت فيما يجب تسليمه عند عمل الأجل ، بدلا عن الموصوف في الذمة .

قوله : إذا بين جنسه ووصفه لم يبق إلا تفاوت يسير - قلنا : ليس كذلك بل يبقى بينهما تفاوت فاحش ، لأن بين الحيوان والحيوان تفاوتا فاحشا في القيمة .

قوله : هذا تفاوت غير مستحق بالعقد - قلنا : عنه جوابان :
أحدهما - أنه تفاوت في المستحق بالعقد ، لأن المستحق بالعقد هو الموصوف بهذه الأوصاف .

والثاني - إن كان تفاوتا في غير المستحق بالعقد ، لكن هذا يكفي لجريان المنازعة ، لما ذكرنا .

قوله : إنما يؤدي إلى المنازعة إذا كان يوجد في يد المسلم إليه - قلنا : وجوده في يده وماله ليس بشرط للمنازعة والمطالبة ، بل وجوده في العالم يكفي - ألا ترى أنه لو أسلم في الخنطة فحل الأجل وليس في ملكه ، تتوجه إليه المطالبة .

قوله : الظاهر أنه لا يطالبه - قلنا : إنما يرضى بهذا ^(١) الحيوان بهذا الثمن اليسير ، إذا لم يمكنه الوصول إلى ما هو أجود منه ، وهنا أمكن ، فالظاهر أنه لا يقنع به .
قوله : القاضى يكلفه بقطع الخصومة - قلنا : بلى ، ولكن كما يتمكن من التسليم بتعيينه ، يتمكن من التسليم بتعيين غيره .
والله أعلم .

١٤٧ - مسألة : إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ، والسلعة هالكة بعد القبض ، لا يتحالفان ، والقول قول المشتري مع / يمينه . وعنده ^(٢) يتحالفان ويترادان العقد بالقيمة .

وأجمعوا أن السلعة ^(٣) إذا كانت قائمة يتحالفان ، سواء كان قبل القبض أو بعد القبض .

وحاصل الخلاف في تحليف البائع - عندنا : لا يحلف البائع . وعنده : يحلف .
والوجه فيه - أن البائع مدع وليس بمبكر حقيقة ، فلا يحلف على دعواه ، قياساً على سائر المدعين .

وإنما قلنا ذلك - لأن البائع إنما يكون منكراً أن لو كان المشتري مدعياً حقيقة والمشتري ليس بمدع حقيقة [لأن المدعى ^(٤) والمتنازع هما هو الشراء ، والشراء لا

(١) في الأصل كأنها « بهتان » .

(٢) « وعنده » غير ظاهرة تماماً وظاهرها : « وعنده » .

(٣) تبدو كذلك أو « السهم » .

(٤) كلمة غير مقرونة فهي كذلك : « لا الد » .

يراد لعينه ولا يدعى لذاته ، وإنما يدعى لحكمه ، وحكم الشراء لزوم الثمن وسلامة المبيع . فالمشتري لو كان مدعيا للشراء إما أن يكون مدعيا له للزوم الثمن أو لسلامة المبيع : لا وجه للأول ، لأنه حق الغير فلا يصلح مدعيا فيه . ولا وجه للثاني ، لأن المبيع سالم بدون دعواه والبائع مقر له بذلك ، فلا يكون المشتري مدعيا حقيقة ، فلا يكون البائع منكرا حقيقة . وإذا لم يكن البائع منكرا لا يخلف ، لقوله عليه السلام : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر »^(١) جعل جنس الأيمان حجة للمنكرين ، وهذا ينفي كونها حجة للمدعين .

فإن قيل : قولكم بأن المشتري لو كان مدعيا إما يكون مدعيا لسلامة المبيع والمبيع سالم له - قلنا : المبيع سالم له بالثمن الذي يدعيه وهو أقل الثمنين ، أو لا بالثمن الذي يدعيه ؟ ع م - وهذا لأن المبيع سالم له بإقرار البائع بأكثر الثمنين ، وهو يدعي سلامة المبيع بأقل الثمنين وإنه غيره ، فثبت أن المشتري يدعي شيئا لم يقر به البائع ، فكان البائع منكرا حقيقة .

ولئن سلمنا أن المبيع سالم له بالثمن الذي يدعيه ، لكن مع اليمين أم بدون اليمين ؟ م ع ٢/١٢٥ - وإنه يدعي سلامة المبيع بالثمن الذي يدعيه ، بالشراء لا باليمين / ، فكان مدعيا حقيقة والبائع^(٢) منكرا حقيقة ، بدليل أنه يقبل البينة من المشتري .

ولئن سلمنا أن المشتري ليس بمدع حقيقة ، لكن لا شك أنه مدع صورة ، فيكون البائع منكرا صورة ، فيكفي ذلك للتحليف^(٣) ، بدليل أنهما لو اختلفا في جنس العقد بعد هلاك السلعة ، بأن ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة ، يتحالفان ، ويترادان .

(١) بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩ : « ... واليبقى بإسناد صحيح : البينة على المدعى واليمين على من أنكر » . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١٣٢٢ ص ١٤٨٣ - ١٤٨٤ .

(٢) في الأصل : « والمشتري » ولعل الصواب : « والبائع » .

(٣) في الأصل : « التحليف » .

ثم التعليل معارض بقوله عليه السلام : « إذا اختلف المتبايعان ، تحالفا وترادا » (١) .

الجواب :

قوله : المبيع سالم له بالثمن الذى يدعيه أو لا بالثمن الذى يدعيه ؟ - قلنا : وجوب الثمن لا يصلح مقصودا بالدعوى ، فسلامة المبيع بالثمن كيف يصلح مقصودا بالدعوى ، بل من حيث إنه يضمن انتفاء الزيادة التى يدعيها البائع وليس ذاك أثر وجوب الثمن الذى يدعيه المشتري ، لجواز أن يكون ذلك ثابتا والزيادة ثابتة أيضا ، إنما ذلك أثر إنكار المشتري للزيادة ، فهذا يرجع إلى كون المشتري منكرا لا إلى كونه مدعي .

قوله : المبيع سالم له مع اليقين أم بدون اليقين ؟ - قلنا : بدون اليقين ، لأن المبيع سالم له قبل اليقين بالمبيع وإقرار البائع ، إنما اليقين (٢) لدفع الزيادة التى ينكرها ، لا لسلامة المبيع له . وأما المشتري إذا أقام البينة إنما تقبل لوجود صورة الدعوى ، فإن صورة الدعوى تكفى لسماع البينة ، أما صورة الإنكار [ف] لا تكفى .

وهو الجواب عن السؤال الذى يليه .

وأما الاختلاف فى جنس العقد وجنس الثمن حال هلاك السلعة - فالصحيح أنها على هذا الخلاف .

وأما الحديث - قلنا : المراد منه حالة قيام السلعة ، لأنه قال : « ترادا » والرد إنما يكون حال قيام السلعة .

والله أعلم .

(١) فى بلوغ الرام ، رقم ٦٤٨ ص ١١٦ : « عن ابن مسعود رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة فالقول ما يقول رب السلعة أو يتنازكان » رواه الحمصة وصححه الحاكم . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٧٣٦ ص ٧٩٢ - ٧٩٣ . وفى الأصل كنا : « إذا اختلفا المتبايعان .. » .

(٢) فى الأصل كنا : « الثمن » .

١٤٨ - مسألة . التوكيل بالبيع المطلق إذا باع بغير فاحش ، ينفذ تصرفه على الموكل .

١/١٢٦ والوجه فيه - أن الموكل وكله / بالبيع المطلق ، وقد أتى بالبيع المطلق ، فوجب أن ينفذ ، قياسا على ما إذا باع بمثل القيمة .

وإنما قلنا ذلك - لأنه أتى باللفظ المطلق ، وهو قوله : « بع هذا العين » ، واللفظ المطلق يدل على إرادة المطلق ، وقد أتى به ، لأن البيع بالغبين الفاحش بيع من كل وجه ، والبيع المطلق هو البيع من كل وجه . والدليل على أنه بيع من كل وجه : الحقيقة والعرف والحكم :

أما الحقيقة - فهو أن البيع تمليك المال بالمال وقد وجد .

وأما العرف - فلأنهم يسمونه ييعا .

وأما الحكم - فلأنه لو حلف أن لا يبيع فباع بغير فاحش ، يحنث .

فإن قيل : قولكم بأنه وكله بالبيع المطلق وقد أتى به - قلنا : لا نسلم . بيانه - أن التقيد كما يكون باللفظ يكون بالغرض ، وغرض الموكل من التوكيل بالبيع الوصول إلى ثمن المثل ، لكن الظاهر أنه لا يرضى بزوال ملكه عن المبيع إلا بعوض يماثل في المالية^(١) ، كما إذا اشترى شيئا [فإنه] يتقيد بالسليم ، وإن كان اللفظ مطلقا - كذا هذا .

ولئن سلمنا أنه مطلق ، ولكن لا يمكن العمل بإطلاقه ، لأننا لو حملناه على الإطلااق ، يصير توكيلا بالمجهول ، وهو باطل .

ولئن سلمنا أن التوكيل انصرف إلى البيع المطلق ، ولكن لم قلّم بأن المأني به بيع مطلق ؟ بيانه - أن البيع بغير فاحش بيع من وجه تبرع من وجه ، بدليل أن الأب والوصى إذا باعا مال الصبي بغير فاحش لا يجوز ، ولو كان ييعا لجاز . وصار هذا كما

(١) في الأصل كذا : « في المالية » .

إذا وكله بالشراء ، فاشترى بأكثر من القيمة : لا يصح - فلا يجوز هنا ، والجامع هو تهمة الحيانة .

الجواب :

قوله : بأنه مقيد بدلالة الغرض - قلنا : لا نسلم بأن غرضه البيع بمثل القيمة لا محالة ، بل محتمل أن غرضه مثل القيمة ، ويحتمل أن غرضه البيع بالأقل ، لأنه ربما يحتاج إلى ملك الدراهم ، ولا يمكن البيع إلا بالأقل تخصيصاً لعرض لا يقبل التأخير .

قوله : لا يمكن العمل بإطلاقه ، لأنه يؤدي إلى التوكل بالجهول - / قلنا : لا ٢/١٢٦
نسلم ، فإن المطلق ليس بمجهول ولا مجمل ، بل هو معلوم كما في قوله تعالى : ﴿ فحريز رقة ﴾^(١) - دل عليه أن التوكيل ههنا صحيح بالإجماع .

قوله : هذا بيع من وجه ترع من وجه - قلنا : لا نسلم ، لأن كل العين مقابل بهذا القدر .

وأما الأب والوصى إذا باعا بغير فاحش إنما لا ينفذ ، مع كونه بيعاً ، لأنه يعرى عن نفع الصبي وهما لا يملكان التصرف في مال الصبي إلا على وجه يعرى [عن] الضرر .
وأما فصل الشراء - [ف] إنما لم يجوز لوجود التهمة ، وهي شفقته على نفسه - أما ههنا بخلافه .

(١) للمائدة : ٨٩ - ﴿ من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقة ... ﴾ في كفارة اليمين . والمجادلة : ٣ - ﴿ ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقة من قبل أن يتأسا ﴾ في كفارة الظهار .

وفيما يتعلق بتحرير رقة مؤمنة - انظر : النساء : ٩٢ - و القتل الخطأ .
(طهفة الخلاف في الفقه - م ٢٣)

كتاب الصرف

١٤٩ - [مسألة] : الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها وإن عينت ، حتى لا يطالب^(١) المشتري بأداء تلك الدراهم ، وله أن يسكها ويسلم غير [ها] ، ولا يفسخ البيع بهلاكها قبل القبض .

والوجه فيه - أن البيع بالدراهم بيع بثمن ، فكان تعيين هذه الدراهم باطلا ، قياسا على سائر القضايا المخالفة لقضية البيع .

وإنما قلنا ذلك - لأن البيع الذى ذكرت فيه العشرة يقال فيه : إنه بيع بثمن عشرة - وثمن هذا العين في هذا البيع عشرة - وأد ثمنه - وكل ذلك دلالة على أنه بيع بثمن . فكان تعيين هذه الدراهم باطلا ، لأن حكم البيع بالثمن ثبوت الملك للاستحقاق في الثمن مقابل بالمبيع ، لأنه مقابلة المبيع بالثمن ملكا واستحقاقا ، فيقتضى ثبوت [هما] في الثمن ، والثمن هو معنى للعين^(٢) ، وهو الدين الثابت في الذمة ، ولهذا توصف العين به ، فيقال بأنه ثمن^(٣) . والدين الثابت في الذمة غير هذه الدراهم ، فلا يقتضى ثبوت الملك فيها .

فإن قيل : قولكم بأن هذا البيع ثمن - قلنا : لا نسلم - بيانه : أن هذا إنما يكون بيعا بثمن : أن لو بقيت الدراهم المذكورة في البيع عند التعيين ثمنًا . أما إذا صارت مبيعا

(١) في الأصل : « لا يطالبه » . والكلام هنا في عقود المعاوضات بوجه عام .

(٢) « للعين » حسب الظاهر . وسيأتى بعد قليل : « ولئن سلمنا أن الثمن معنى العين » .

(٣) ثمن السلعة قدر ثمنها والثمن العوض الذى يؤخذ على التراضى في مقابلة المبيع ، عينا كان أو سلعة - المعجم الوسيط . راجع فيما تقدم الفاش ٣ ص ٣١٨ .

فلا ، وإنها صارت مبيعا بالتعيين في باب / الصرف ، حتى لا يجوز^(١) الاستبدال بها ١/١٢٧ قبل القبض وصار كالمكيل والموزون ، فإنها تصلح ثمننا وثمرنا . فإذا عنت صارت ثمننا^(٢) ، كذا هذا .

ولئن سلمنا^(٣) أن هذا يبيع بثمرن ، ولكن لم قلّم بأن الثمن في هذا البيع غير الدراهم المذكورة فيه ؟ .

قوله : بأن الثمن دين في الذمة - قلنا : ثبوت شيء في الذمة قابل للملك غير معقول ، فلا يمكن ، وإن دل عليه أنه يطالب بتسليم الدراهم لا بتسليم ذلك الوصف الثابت في الذمة .

ولئن سلمنا أن الثمن معنى العين ، وهو^(٤) المملوك بالبيع ، لكن أجمعنا على إطلاق اسم الثمن على الدراهم الموجودة حقيقة .

(١) قال الكاساني في البدائع ، ٥ : ٢١٨ : « وعلى هذا يخرج الاستبدال به بدل الصرف أنه لا يجوز ، والصرف على حاله : يقبض البديل قبل الاتراق ويتم العقد ، لأن قبض البديل شرط بقاء العقد على الصحة والاستبدال يفوت قبضه حقيقة لأن يقبض بدله وبذلك غيره .

وقال زفر : إن الاستبدال جائز لأن الشراء لا يقع بعين ما في الذمة ، لأن ما في الذمة من الدراهم لا يحمل التعيين بلا خلاف ، فكان مشترياً بمثل ما في الذمة ، فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري دراهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة ، فلا يفوت قبض البديل بالاستبدال ، بل يقصر قابضاً بطريق المعاوضة ، فيصح الاستبدال . والجواب عنه أن الدراهم والدنانير وإن كانت لا تعين بالعقد ولكنها تعين بالقبض ، وقبضها واجب ، والمقاصة يفوت قبض حقيقة ، فلا تصح المقاصة ففى الشراء بها إسقاطاً للقبض المستحق حقاً للشرع ، فلا يصح الشراء وبقي الصرف صحيحاً موقوفاً بقاؤه على الصحة على القبض قبل الاتراق » .

وانظر : ابن نجيم ، البحر ، ٦ : ٢١٨ و ٢١٠ .

(٢) راجع فيما تقدم المامش ٣ ص ٣٥٤ .

(٣) في الأصل كذا : « سلما » .

(٤) « وهو » غير واضحة في الأصل .

ثم الدليل على أن الدراهم المذكورة المشار إليها في البيع تتعين للملك والتسليم - الأحكام :

- منها ما نص في الجامع : لو قال : إن بعث هذا العبد بهذا الكر وبهذه الدراهم ، فهما صدقة ، فباع بهما ، يلزمه التصديق بالكر . فلولا أنه تعين ، وإلا لما لزمه .

- وكذا إذا باع عبدا بدرهم ووطئ من بخر ، كان للمشتري أن يسترد عين ذلك الدرهم ، فلولا أنه تعين لما كان له ذلك .

الجواب :

قوله : إنما يكون بيعا بشئ أن لو بقيت الدراهم المذكورة في البيع ثمنا - قلنا : الدراهم والدنانير ثمن في كل حال ، ولا يطل هذا الوصف عنها ، لأن الله تعالى خلقها ثمنا للأشياء ، فباطال هذا الوصف لإخلال بالمصالح ، فكان ثمنا على كل حال من غير التعرض للتعين . على أننا نقول : البيع إذا ذكرت فيه الدراهم سواء عينت أو لم تعين ، فهو بيع بشئ ، ولا يجوز نفى الثمن عنه .

قوله : إذا عينت لم يبق ثمنا - قلنا : لا نسلم .

وأما الاستبدال ببديل الصرف إنما لا يجوز^(١) ، لأن القبض في باب الصرف شرط للتعين ، [وهو] بالقبض ، لا بالعقد^(٢) .

قوله : لم قلتم بأن الثمن في هذا البيع غير الدراهم المذكورة المعينة - قلنا : الدراهم المعينة قط^(٣) لا يتصور أن تكون ثمنا ، لأن الثمن / معنى العين ، وتوصف به العين . ٢/١٢٧

(١) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٥٥ .

(٢) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ج ٣ ص ٣٤ و ج ٢ ص ٩ و ١٩ - ٢٠ . والكاساني ، ٥ : ٢١٥ و ٢١٨ - ٢١٩ وكذا ٢٠٣ و ٢٠٧ . وابن نجيم ، البحر الرائق ، ٦ : ٢١٨ . وراجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٣٥٥ .

(٣) كذا في الأصل : « قط » . وفي مختار الصحاح : « قط معناه الزمان الماضي - يقال ما رأيته قط » وقد تزايد الفاء فيقال « فقط » بمعنى حسب - انظر مختار الصحاح والمعجم الوجيز .

قوله : إنه غير معقول - قلنا : ليس كذلك ، بل هو معقول ، لأننا نعلم بالدين
الثابت في الذمة وجوب تمليك المال المطلق أو وجوب إبقائه على وجه يجري عليه أحكام
الأموال .

قوله : يطالبه بتسليم الدراهم - قلنا : كما توجه المطالبة بتسليم عين المملوك ، توجه
بتسليم مثل المملوك الذي لم يتعين - ألا ترى أنه لو باع بدراهم غير عين ، فالمملوك هو
الثمن ، وهو الذي في الذمة لا الدراهم .

وأما مسألة الجامع - قلنا : شرط التصديق بالكر هو البيع بهذه الدراهم إضافة ،
وتسميته في البيع ، فتصرف اليمين إليه ، وقد وجد ، فليزمه التصديق .

والمسألة الأخرى - ممنوعة ، على أصح الروايتين .

والله أعلم .

كتاب الشفعة

١٥٠ - مسألة : حق الشفعة يثبت للجار الملازق^(١) والشريك في الطريق .
وعنده لا يثبت^(٢) .

وأجمعوا أنه يثبت للخليط^(٣) في نفس الدار .

وأجمعوا على أنه لا يثبت للجار المقابل .

والوجه فيه - أن الجار الملازق شارك الجار الخليط في السبب المستدعي لاستحقاق الشفعة ، فشاركه في استحقاق الشفعة ، لأن المشاركة في السبب توجب المشاركة في الحكم .

وإنما قلنا - إن الجار الملازق شارك الخليط في السبب المستدعي لاستحقاق الشفعة ، لأن السبب المستدعي لاستحقاق الشفعة في الخليط اتصال المالكين على وجه مخصوص ، وهو الاتصال الذي يوجب تعدى ضرر كل واحد منهما إلى صاحبه ، ضرا خاصا وهو ضرر سوء الصحبة وأذى المجاورة - هذا المعنى موجود في حق الجار الملازق ، فيثبت حق الشفعة ، دفعا للضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الجار الملازق شارك الخليط في السبب - قلنا : لا نسلم بأن حق الشفعة للخليط ثبت موافقا للقياس معقول المعنى حتى يقبل التعدية .

(١) نرى الشيء بالشيء لزوماً اتصل به لا يكون بينهما فجوة . ولزومه مُلازمة وإلزاما كان لازما به - المعجم الوسيط .

(٢) قال في التحفة ، ٣ : ٦٦ : « سبب استحقاق الشفعة أحد الأشياء الثلاثة : الشركة في البقعة ، والشركة في الحقوق ، والجوار على سبيل الملاصقة - وهذا عندنا . وعند الشافعي لا يستحق إلا بالشركة في البقعة - وهي مسألة معروفة » .

(٣) الخليط يطلق على الشريك . والجمع مخلطاء ومخلط - المعجم الوسيط .

وبيان أنه ليس من باب / القياس ما روى عن جابر قال : « جعل - وفي لفظ : ١/١٢٨ قضى - النبي ﷺ بالشفعة في كل مال لم يُقسم . فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » متفق على صحته . أخرجه البخاري ومسلم^(١) .

ولئن سلمنا أنه ثبت معقول معنى ، ولكن لم قلّم بأن المعنى ما ذكرتم ؟ .

قوله : بأن دفع الضرر واجب ، وهذا نوع ضرر - قلنا : هذا وهم ضرر لا ضرر غالب ، لأن عقل المرء ودينه يمنعه عن الإضرار بالجار ، فلا يجب دفعه .

ولئن سلمنا أنه ضرر غالباً ، ولكن يلزم من دفعه إلحاق ضرر بالمشتري ، لما فيه من إبطال ملكه بغير رضا .

ولئن سلمنا أن ضرره أقل بالدفع ، ولكن يمكنه دفعه بطريق المرافعة ، فلا تتعين الشفعة مدفعاً ، بخلاف الخليط^(٢) ، لأن حق الشفعة للخليط ما ثبت لدفع هذا الضرر ، بل لدفع ضرر آخر ، وهو ضرر مؤنة القسمة .

ولئن سلمنا أنه ثبت لدفع ما ذكرتم ، ولكن لم قلّم بأن الضرر الحاصل باتصال الحوار مثل الضرر الحاصل بالخلطة ؟ وبيان التفاوت أن الضرر يشأ عن الاتصال ، والاتصال في الخلطة أكثر ، فكان الضرر أكثر ، فلا يصح للاستدلال . وصار هذا كالجار المقابل وكالمملوك بالهبة والصدقة والإرث والوصية ، وإن كان ما ذكرتم موجوداً .

الجواب :

قوله : الشفعة غير معقول - قلنا : لا نسلم .

وأما الحديث - فمعارض بما روى عن أبي رافع قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول :

(١) ورد في بلوغ المرام رقم ٧٥٩ ص ١٣٧ . وزاد : « وفي رواية مسلم : « الشفعة في كل شريك في أرض أو ريع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يُفرض على شريكه . وفي رواية الطحاوي : « قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل شيء . ورجاله ثقات » وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٦ ص ٩٠٩ - ٩١١ .

(٢) الخليط الشريك ... راجع المامش ٣ ص ٣٥٨ .

« الجار أحق بصقه » - أخرجه البخارى فى صحيحه^(١) . وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفته ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً^(٢) » صحيح أخرجه أبو عيسى .

قوله : هذا وهم ضرر لا ضرر غالب - قلنا : هذا الضرر وإن كان لا يغلب وجوده فى كل زمان / ولكن يغلب وجوده فى مدة العمر - دل عليه تحرز^(٣) الناس عن ذلك .

قوله : يلزم من دفعه إلحاق الضرر بالمشترى - قلنا : ضرر التملك بالشفعة دونه ، لأنه مقابل بضمن الدار ، وضرر سوء الصحة لا يقابله شيء من المدافع وإنه أودم .
قوله : أمكن دفع هذا الضرر بالمدافعة والمعارضة بنفسه - قلنا : ذاك يؤدي إلى الإجحاش^(٤) . والمعاداة والمخاصمة وتضييع^(٥) العمر والمال فلا يصلح مدفعاً .

قوله : بأن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر : ضرر مؤنة القسمة - قلنا : هذا لا يصلح علة لاستحقاق الشفعة ، بدليل أن الدار إذا كانت بين ثلاثة نفر لأحدهم نصيب كبير ، فباع نصيبه ، كان لكل واحد منهم أن يأخذه بالشفعة وفيه يزداد مؤنة القسمة .

(١) فى بلوغ المرام رقم ٧٥٩ ص ١٣٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٨ ص ٩١١ - ٩١٢ .

(٢) فى بلوغ المرام ، رقم ٧٦١ ص ١٣٧ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٤٩ ص ٩١٢ - ٩١٣ . « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها ، وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً » رواه أحمد والأئمة ورجالهم ثقات .

(٣) فى الأصل : « تحرز » . واحترز من كذا وتحرز منه أى توقاه - مختار الصحاح ، والمعجم الوسيط .

(٤) الوحشة من الناس الانقطاع ويُعد القلوب عن المودة - المعجم الوجيز . وأوحش المترل أقفر وذهب عنه الناس - مختار الصحاح .

(٥) ضيَّه أضعاه - المعجم الوسيط . والإضاعة والتضييع معنى - مختار الصحاح . وفى الأصل كذا : « وتضييع » .

على أنا نقول : بأن ما ذكرتم يصلح علة^(١) ، فيمكن تعديته .

قوله : ضرر الخلطة فوق ضرر الجوار - قلنا : حق الشفعة إنما ثبت لدفع الضرر الحاصل بأصل الاتصال بين^(٢) المالكين ضرراً خاصاً ، وهو ضرر سوء الصحة - غاية ما في الباب أن ضرره أكثر ، فلا جرم قلمناه على الجار .

وأما الجار المقابل - [ف] لا يستحق الشفعة ، لانعدام الضرر الحاصل باتصال المالكين .

وأما المملوك بالإرث والهبة والوصية - إنما لا تثبت^(٣) الشفعة ، لأنه لا يمكن الأخذ بالشفعة ، لأن الشفعة للأخذ تملكا بعين الثمن الذي اشتراه ، ولا ثمن ، فلا يمكن .

١٥١ - مسألة : الشفعة تستحق على عدد الرعوس . وعنده : على قدر الأنصاء^(٤) .

صورته - دار بين ثلاثة نفر ، لأحدهم نصفها والآخر ثلثها والثالث سدسها - فباع صاحب النصف نصيبه ، فصاحب الثلث والسدس يستحقان الشفعة نصفين . وعنده : أتلانا .

والوجه فيه - أن الشركاء استووا في سبب الاستحقاق ، فيستويون في الاستحقاق ، قياساً على ما إذا استوت الأنصاء .

وإنما قلنا ذلك - لأن سبب استحقاق الشفعة / في كل المشفوع أصل الاتصال ١٢٩/ بين المالكين ، وإن قل ، بدليل الحكم والمقول .

(١) في الأصل كذا : « عليه » .

(٢) كذا في الأصل : « بين » ولكنها غير ظاهرة بحيث تقرأ « من » .

(٣) في الأصل كذا : لا يثبت .

(٤) قال في النحلة ، ٣ : ٨٣ : « ولو كان كان للدار شفعاء ، بسبب الشركة ، فحضروا ، فهي بينهم على عدد الرعوس عندنا . وعند الشافعي : على قدر الأنصاء - وهي مسألة معروفة » .

أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أن الدار إذا كانت بين رجلين لأحدهما عشرين
ولآخر تسعة أعشارها ، فباع صاحب الكثير فلصاحب القليل الشفعة .

وأما المقول - وهو أن الشفعة في موضع الإجماع إنما كان لدفع ضرر الدخيل ، وهو
موجود ههنا ، فثبت حق الشفعة .

فإن قيل : قولكم ^(١) - لا نسلم بأنهم استوتوا في سبب الاستحقاق .

أما ما ذكر من الحكم - قلنا : ليس من ضرورة كون الشيء سببا لاستحقاق الكل
حالة الانفراد ، كونه سببا لاستحقاق الكل حالة الاجتماع ، كما قلنا في ميراث الابن
والأبناء .

قوله : الشفعة تثبت لدفع ضرر الدخيل - قلنا : لدفع مطلق الضرر أو لدفع ضرر
يتعلق بملك الشفيع ، باختلال منافع ملكه بأذى الدخيل ؟ نعم - ولكن هذا يكثر
بكوة الملك وينقل بقلته ، والفقه فيه أن الحكم يثبت على قدر السبب ووفقه - على ما عرف .
ولئن سلمنا أنهم استوتوا في السبب ، سبب الاستحقاق ، ولكن صاحب الكثير
يتضرر بالدخيل أكثر ، فكان حقه في الدفع أكثر .
الجواب :

قوله : ليس من ضرورة كون الشيء سببا لاستحقاق الكل حالة الانفراد ، كونه
سببا حالة الاجتماع - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن كونه سببا حالة الانفراد إنما كان لأمر
يرجع إلى ذاته ، وليس مما يتعلق بعدم غيره .

وهكذا نقول في الميراث : إن السبب هو استحقاق الكل ، إلا أنه لا يمكن
فيتنصف - كذا هذا .

قوله : الشفعة تثبت لدفع مطلق الضرر أم لدفع ضرر يتعلق بملك الشفيع ؟ -
قلنا : لدفع ضرر سوء الصحبة وأذى المجاورة ، ويستوى فيه صاحب القليل والكثير .

قوله : صاحب الكثير أكثر - قلنا : لا نسلم ، بل يستويان في ذلك .

والله أعلم .

(١) أى قولكم المتقدم بأن الشركاء استوتوا في سبب الاستحقاق .

كتاب الإجازات

١٥٢ — مسألة : / الأجرة لا تملك بنفس العقد إلا بالتعجيل^(١) . ٢/١٢٩

والوجه فيه - أن الإجارة معاوضة الأجرة بالمنافع ، فوجب أن يثبت الملك في العوضين ، في زمان واحد ، قياسا على سائر المعاوضات المطلقة .

وإنما قلنا [ذلك] - لأن الحاجة مست إلى إثبات الملك في المنافع دون العين ، فشرع ذلك لعقد الإجارة ، دفعا للحاجة ، فوجب أن يثبت الملك في العوضين في زمان واحد ، فإذا تراخى ملك المستأجر في المنافع إلى مضي الشهر ، يترأخى ملك الآجر^(٢) ضرورة .

فإن قيل : قولكم بأن الحاجة مست إلى إثبات الملك في المنافع - قلنا : هذا إما يستقيم أن لو تصور ثبوت الملك في المنافع ، ولم تصور ، لأن الملك إطلاق التصرف أو معنى يقتضى إطلاق التصرف ، والمنافع أعراض لا بقاء لها ، فلا تصور ثبوت فيها . ولكن سلمنا أنه يتصور ثبوته ، ولكن لم قلّم بأنه ثبت ؟ .

قوله : بأن الحاجة مست إلى إثبات الملك فيها - قلنا : الحاجة أيضا مست إلى إثبات الملك في الرقبة .

ولن سلمنا أن الإجارة تملك الأجر بالمنافع ، ولكن لم قلّم بأنه تراخى ثبوت الملك في المنافع ؟ غاية ما في الباب أنها معلومة حقيقة ولكنها موجودة حكما ، وإنها بعرضية (١) قال في النخبة ، ٢ : ٥١٥ - ٥١٦ : « وإنما يجب الأجر وملك بأحد معان ثلاث : إما بأن يشترط تمجيده في نفس العقد ، وإما أن يجعل بغير شرط ، وإما باستيفاء المنافع شيئا فشيئا أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم المستأجر إليه وتسليم المفتاح أيضا . وعند الشافعي : تجب الأجرة كلها بنفس العقد - والمسألة معروفة » .

(٢) آجره مؤجرة استأجره - وسيأتي بعد قليل : « .. لم يترأخى الملك في الأجرة .. » . وقد تكون « الآخر » . والتبعية من حيث المعنى واحدة : ملك المؤجر في الأجرة .

الوجود ، فكانت موجودة ، بذلك أنا أجمعنا على جواز هذا العقد ، فلو لم تكن موجودة حكما ، لما جاز العقد .

ولكن سلمنا أنها معدومة ، وقد تراخى الملك ، [ف] لِمَ يتراخى الملك في الأجرة . وهذا لأن التسوية بينهما إنما تحب إذا لم يرضيا بالتفاوت ، وقد رضى به ، فلا يستوى .

ولكن سلمنا أن التساوى واجب ، ولكن فيما قلتم ترك التساوى ، لأنكم أثبتتم للمستأجر ولاية الانتفاع بالدار في الحال ، وأخرتم ملك الآجر في الأجرة إلى انتهاء المدة ، ولأنه وجد سبب ملك الأجرة ، وهو الإجارة ، فثبت الملك في الحال .

الجواب :

١/١٣٠ / قوله : لم قلتم بأنه يتصور ثبوت الملك في المنافع - قلنا : لدلالة الدليل .

قوله : الملك إطلاق التصرف - قلنا : عنه جوابان .

أحدهما - لا نسلم بأن ملك المنفعة هذا ، بل هذا حد ملك الأعيان .

والثاني - أن الملك إطلاق التصرف ولكن التصرف في المحل إنما يعرف بظهور^(١) أثره فيه ، وأثره يظهر في المنفعة بالانتفاع حالة وجود الانتفاع .

قوله : كما مست الحاجة إلى إثبات الملك في المنافع ، مست الحاجة إلى إثبات الملك في رقة الدار - قلنا : ملك المنافع يغنى عن ملك الرقة ، فلا حاجة إليه .

قوله : بأن المنافع معدومة حقيقة موجودة حكما^(٢) - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنها معرضة الوجود - قلنا : بلى ، ولكن لا نسلم مساس الحاجة ، حتى يجعل موجودا حكما ، إلا أن الشرع جعلها موجودة حكما في حق جواز العقد ، بطريق الضرورة . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة .

(١) في الأصل كنا : « يطهر » .

(٢) في الأصل كنا : « كما » . .

قوله : إن تراخى الملك في المنافع لِمَ يتراخى في بدلها ؟ - قلنا : تسوية بين العاقلين في حكم العقد .

قوله : إنما تجب التسوية إذا لم يوجد الرضا بالتفاوت - قلنا : بلى ، ولكن الظاهر أنه لا يرضى بالتفاوت ، لأن زوال ملكه عن الأجرة^(١) في الحال فوات ملكه ، فلا يرضى إلا لثبوت ملك له ، إلا إذا وجد الدليل بخلافه ، وهو اشتراط التعجيل أو [التأجيل]^(٢) .

قوله : فيما قلتم ترك التساوى - قلنا : لا نسلم ، بل فيما قلنا تسوية بينهما في حكم العقد ، لأن في كل زمان يثبت الملك في جزء من المنفعة ، يثبت جزء من الأجرة بحصته ، إلا أنه لا يمكن تسليمه .

قوله : بأن الإجارة سبب لملك الأجرة - قلنا : في الحال أم حال ثبوت الملك في المنافع ؟ ع م - إلا أن حكم الإجارة المطلقة ثبوت الملك في الأجرة ، حين ثبت لـ المنافع^(٣) .
والله أعلم .

١٥٣ - مسألة : إجارة المشاع غير صحيحة ، سواء كان محملا للقسم كالدار ونحوها ، أو غير محمل كالذابئة ونحوها - خلافا له^(٤) .

وثرة الخلاف في وجوب المسمى عند التسليم . / ٢/١٣٠

(١) في الأصل قد تكون كذلك أو « الإجارة » .

(٢) في الأصل : « أو التعجيل » أيضا .

(٣) قال في التحفة ، ٢ : ٥٢٨ : « وإجارة المشاع ، فيما يقسم أو لا يقسم ، فاسدة عند أبي حنيفة و زفر . ومثل قولهما جائز - وهو قول الشافعي » . و « حين » غير واضحة في الأصل .

(٤) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٥١٦ .

والوجه فيه - أن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على الوجه الذى اقتضاه العقد ، فوجب القضاء بفساده ، قياسا على ما إذا أجر الآبق .

ولما قلنا ذلك - لأن المقصود من إجارة المشاع هو التمكن من الانتفاع بالمشاع ، فلا يخلو : إما أن ينتفع المستأجر والآجر بكل الدار معا ، أو أحدهما ، أو ينتفعان بطريق التهايؤ :

لا وجه للأول - لأنه يحتاج إلى جبر الآجر على الانتفاع بملكه ، ولا يجوز .
ولا وجه للثاني - لأنه لا يستحق الانتفاع بالكل .

ولا وجه للثالث - لأنه لا يخلو : إما أن يكون أصيلا فى النصف نائبا فى النصف ، أو ينتفع بالنصف أصالة وبالنصف عوضا - لا وجه للأول - لأن مالك الرقبة لا يصلح نائبا . ولا وجه للثاني - لأنه يؤدي إلى جعل الشخص الواحد مملوكا ومتملكا من شخص واحد ، فى حالة واحدة ، لأن المنفعة تحدث على ملك المالك أولا ثم تصير مملوكة للمستأجر بملكه ، فلو صار المالك متملكا المنفعة عليه بطريق المعاوضة ، يؤدي إلى خلاف الحقيقة .

فإن قيل : قولكم بأن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على ما ذكر - قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن الانتفاع بالمشاع بطريق التهايؤ ؟ .

قوله : بأن طريقه أن يصير كل واحد منهما نائبا عن الآخر فى استيفاء منفعة النصف أو يصير متملكا بطريق المعاوضة ، وكل ذلك متعذر - قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن استيفاء منفعة التصرف بالتهايؤ بدون هذين الطريقين ؟ بياحه - أن المملوك له بإجارة المشاع منفعة النصف الشائع ، فكان المقصود منفعة النصف الشائع ، ومنفعة النصف الشائع فى مدة الشهر منفعة مقدرة بمقدار خاص ، فإذا انتفع بكل الدار فى نصف المدة بطريق التهايؤ أو على سبيل الدوام فقد استوفى عين المملوك له بالمنفعة .
ولئن سلمنا أنه لا يتحقق التهايؤ إلا بالإنازة أو المبادلة - لم قلتم بأنه لا يمكن القول بهما ؟ .

قوله : بأن المالك لا يصلح نائباً - قلنا : لا نسلم بأن ملك الرقبة ثابت للآجر في حق الانتفاع في هذه الحالة . وهذا لأن / الملك إطلاق التصرف ، وهو غير ثابت . ١/١٣١

ولئن سلمنا أن ملك الرقبة يقتضي إطلاق الانتفاع للآجر ، لكننا أجمعنا على أنه لم يثبت له الإطلاق ، بل هو يثبت للمستأجر . وأما المعاوضة فإنها لا تحقق المعاوضة بينهما في الملك ، بل في إطلاق استيفاء المملوك بطريق المعاوضة ، وصار هذا كما إذا أجر من شريكه ، فإنه يجوز . وكذلك الشيوع الطارئ ، لا يفسد الإجارة .

الجواب :

قوله : بأنه يستوفى منفعة كل الدار في نصف المدة - قلنا : هذا لا يخرج عما ذكرنا من القسمين ، لأن طريقه القسمة [و] فيها معنى المبادلة .

قوله : لم قلّم بأن ملك الرقبة في حق الانتفاع قائم للمالك ؟ - قلنا : لأنه ثبت مطلقاً بسبب (١) مطلق ، فيبقى ، والإجارة سبب الملك المنفعة لا الملك الرقبة وإطلاق التصرفات ثابت لولا المانع .

قوله : بأننا لا نحقق المعاوضة في الملك ، بل في استيفاء المملوك على طريق الإباحة - قلنا : هذا باطل ، لأن انتفاع المالك في حصة المستأجر لو كان بطريق الإباحة لكان المستأجر بسبيل من الاسترداد والمنع من الانتفاع . وأما الإجارة من الشريك فلأن كل واحد منهما يملك الانتفاع بالنصف فصلح نائباً عن صاحبه في النصف الآخر . وأما الشيوع الطارئ - قلنا : ليس من ضرورة كون الشيء مانعاً صحة العقد إذا قارن ، أن يكون مفسداً إذا طرأ ، كالجهاز الطارئ وغيرها .

١٥٤ - مسألة : الأجير المشترك (٢) يضمن ما جنت يده ، والمالك بالخيار : إن شاء ضمنه الثوب غير مقصور (٣) ، ولم يعطه الأجر . والقياس أن لا يضمن .

(١) في الأصل كذا : « يسب » .

(٢) ظاهر الكلام أنه في القصار وهو المبيض للثياب وكان يُهَيَّأُ النسيج بعد نسجه ببله وذهبه بالقصرة - المعجم الوسيط .

والوجه أن الأجير يضمن - أنه أتلف^(١) مالا مملوكا متقوما معصوما حقا للمالكه من غير رضاه ، فيجب عليه الضمان ، قياسا على ما إذا خرقه قبل العقد والأوصاف ظاهرة وبيان عدم الرضا من المالك ، لأن الظاهر من حاله أن لا يرضى بإتلاف ماله ، فيكون سببا للضمان .

فإن قيل : قولكم بأنه أتلف مال الغير - قلنا : لا نسلم بأنه أتلف . وهذا لأن ٢/١٣١ الإتلاف ما / يقصد به التلف ، ولم يوجد منه إلا القسارة^(٢) ، فلا يكون إتلافا .

ولئن سلمنا أنه أتلف المال بهذه الأوصاف ، ولكن لم قلتم بأنه بغير رضا المالك ؟ .

قوله : الظاهر من حاله عدم الرضا - قلنا : بلى ، ولكن جاز أن يوجد منه تصرف يدل على الرضا بالتلف لغرض من الأغراض ، أو نقول : لا يرضى به قصدا أم ضمنا ؟ م ع - وهذا لأن المستحق بالعقد يجب تسليمه وهو مأذون فيه من جهة العاقد ، والعمل المصلح قطعاً كما يصلح طريقاً ، فكذلك المصلح من وجه الفساد من وجه طريق .

ولئن سلمنا أنه حصل ابتداء ولكن إنما يجب الضمان إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ . وبيان عدم الإمكان أنه لو وجب الضمان لا يخلو : إما أن يجب ضمان ثوب مقصور أو ضمان ثوب غير مقصور . لا وجه للأول - لأن وصف القسارة هلك على ملك الأجير . ولا وجه للثاني - لأن الإتلاف ما صادف ثوبا غير مقصور .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن هذا الفعل إتلاف - قلنا : لأننا أجمعنا على أنه لو وجد قبل العقد يكون إتلافا ، والفعل الحقيقي لا يتفاوت من أن يكون قبل العقد أو بعده ، والقصد ليس بشرط في الضمان .

(١) في الأصل كنا : « اسلف » .

(٢) القسارة حرقه القصار - راجع فيما تقدم المامش ٢ - ٣ ص ٣٦٧ . والكلام في « القصار » وهو - في الغالب - أجير مشترك .

قوله : لم قلم من أنه غير إذن المالك - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : جاز أن يرضى به لغرض من الأغراض - قلنا : لا نسلم .

قوله : لا يرضى به قصدا أم ضمنا - قلنا : لا قصدا ولا ضمنا : أما (١) قصدا فظاهر ، وأما ضمنا فلأن الحاجة تدفع باستحقاق العقود عليه من غير إلحاق الضرر .
قوله : إما أن يجب ضمان ثوب غير مقصور أو مقصور - قلنا : يجب ضمان ثوب غير مقصور .

قوله : الإلتلاف صادف ثوبا مقصورا - قلنا : بلى ، ولكن ذات الثوب ملكه ، وصفة القصارة ليست ملكه ، فيجب ضمان ملكه لا ضمان غير ملكه .
والله أعلم .

(١) في الأصل : « أم » .

كتاب الشهادات

١٥٥ - [مسألة] : النكاح ينعقد بحضرة الفاسق^(١)

والوجه فيه - أن لخبر الفاسق أثرا في تغليب الظن ، فوجب أن ينعقد النكاح بحضرة ، / قياسا على العدل . ١/١٣٢

وإنما قلنا ذلك - لأن خبره صادر عن عقل ودين ، والعقل والدين يدعوانه إلى الصدق ويمنعانه عن الكذب ، فوجب أن ينعقد النكاح بحضرة ، لأن الشهادة في باب النكاح إنما شرطت متممة للمصالح المطلوبة من النكاح ، إذ هو تمام بدونه ، فيحصل بخبر الفاسق ، لكونه مغلبا للظن .

فإن قيل : قولكم بأن لخبر الفاسق أثرا في تغليب الظن - قلنا : لا نسلم . قوله : بأنه صادر عن عقل ودين ، وهما يدعوانه إلى الصدق - قلنا : لا نسلم بأن العقل والدين يصرقان الفاسق عن الكذب . وهذا لأن العقل والدين يصرقان عن الكذب لكونه قبيحا ، وعقل الفاسق ودينه إذا كانا لا يصرقانه عن قبيح فوقه^(٢) ، علم أنهما لا يصرقانه عن هذا القبح . وبهذا فارق العدل .

ولكن سلمنا أن خبره مغلب للظن ، ولكن عند المنازعة يعارضه خبر المنكر ، فتزدحم الظنون ، ولكن سلمنا أنه مغلب للظن ، ولكن لأصل الظن ، لا لظن شبيه بيقين ، وأصل الظن ليس بحجة ، بدليل أن النكاح لا ينعقد بحضرة العبيد والنسوان وحدهن وبحضرة رجل واحد مع أصل غلبة الظن .

(١) قال في التحفة ، ٢ : ١٩٧ : « وأما العدالة (في الشهود) فليست بشرط لانعقاد النكاح عندنا ، حتى ينعقد شهادة الفاسقين : وعند الشافعي رحمه الله : شرط .. » .

(٢) سيأتي في الجواب : « ... لم يمنعه عن قبيح فوق هذا .. » .

ولكن سلمنا أنه يؤثر في تغليب الظن مطلقا ، ولكن لم قلّم بأنه ينقدد النكاح
به ؟ .

قوله : الشهادة شرط متمة لمصالح النكاح - قلنا : لا نسلم ، بل شرطت
لإظهار خطر النكاح ، وأما مصالح النكاح فإنما تتمم بتوافق الأخلاق لا بالشهادة .
ثم التعليل معارض بالكتاب والسنة والمعقول والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق - الآية ﴾ ^(١) .
وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ^(٢) .
وأما المعقول - وهو أن الشهادة من باب الكرامة ، والفاسق لا يستحق الكرامة .
وأما الحكم - فإننا أجمعنا على أنه يحرم على القاضي القضاء بشهادة الفاسق ^(٣) .
الجواب :

قوله بأن عمل الفاسق ودينه لم يمنعانه عن قبيح فوق هذا - قلنا : بلى ، ولكن
لمعارضه / داع إليه ، وهو تعلق الغرض ^(٤) أو حصول الشهوة ، ولم يوجد ههنا . ١٣٢ / ٢
قوله : يعارضه خبر المنكر - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن خبر المنكر صادر عن تهمة
وهو خبر النفع ، وخبر الشهادة صادر عن غير تهمة ، فلا يعارضه .

(١) الحجرات : ٦ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق نبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة
فتصبحوا على ما فعلتم نادمين ﴾ .

(٢) في بلوغ المرام ، رقم ٨٣٢ ص ١٥١ : « عن أبي بردة بن أبي موسى عن أبيه رضي الله
عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي » رواه الخمسة وصححه ابن المديني
والترمذي وابن حبان وأعل بالإسناد . وورد أيضا في سبل السلام ، ٣ رقم ٩٢٠ ص ٩٨٧ وأضاف
فيه : « روى الإمام أحمد عن الحسن بن عمران بن الحصين مرفوعا : « لا نكاح إلا بولي
وشاهدين » .

(٣) انظر : التحفة ، ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ .

(٤) في الأصل : « الغرض » .

قوله : هو مؤثر في أصل الظن أم في الظن الشبيه باليقين - قلنا : في أصل الظن ،
وللمعمل عليه في بناء الأحكام أصل الظن - دل عليه أن الشرع لم يرجح شهادة الأربع
على شهادة الاثنين .

وأما شهادة العيبد - قلنا : خير العبد له أثر في تغليب الظن ، ولكن الشرع ألحق
خير بالعدم ، لأنه لو اعتبر شهادته يصير مُعَوَّلًا^(١) يتحمل الشهادات ، فتعطل
مصالح المولى .

وأما شهادة الفرد وشهادة النساء ، فينعقد النكاح بحضورهم ، ولكن بانضمام رجل
آخر إليهم ، وهذا لا يختص بالفاسق بل هو ثابت في العدل .

قوله : الشهادة شرط لإظهار خطر النكاح - قلنا : وفيما ذكرناه إظهار خطر
النكاح ، لأنها إذا شرطت لتتيم مصالح النكاح ، فخطر النكاح في إتمام مصالحه ،
وذلك لا يحصل إلا بانقضاء النكاح ، وانقضاء النكاح لا يكون إلا بالشهود .

وأما الآية - قلنا : الله تعالى ما أمر برد شهادة الفاسق ، بل أمر بالثبوت والتوقف في
خبره ، فلا يكون حجة .

وأما الحديث - قلنا : لا يقتضى أن تكون العدالة صفة الشاهد إذ لو كان كذا
لقال : شاهدين عدلين ، بل هذا إضافة الشاهد إلى العدل ، فيكون معناه - والله
أعلم - قائل كلمة عدل ، وهي الإسلام .

قوله : الشهادة من باب الكرامة - قلنا : والفاسق مستحق الكرامة لمكان الإسلام ،
ولهذا ثبت ولايته على نفسه .

وأما الحكم - قلنا : لا تسلم بأنه لا يقضى القاضي بشهادته ، بل يقضى بعد التأمل

(١) العَوَّلُ المستعان به والعَوَّلُ الانكال والاستعانة - المعجم الوسيط . وقد قرأ في الأصل
« مغولا » والظاهر أن الصحيح ما أثبتناه في المتن اعتقادا على المعنى اللغوي في هذا الحال .

والثبوت ، فَرَقًا^(١) بينه وبين العدل .

والله أعلم .

١٥٦ — مسألة : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة .

والوجه فيه - أن لخبر الكافر أثرًا في تغليب الظن ، فوجب أن يكون له مدخل في فصل الأحكام وقطع الخصومات ، قياسًا على خبر المسلم .

وإنما قلنا ذلك - لأن خبره صار عن عقل ودين ، يعتقد فيه قبح الكذب - هذا

المعنى / موجود في شهادة المسلم .

فإن قيل : قولكم بأن لخبر الكافر أثرًا - قلنا : قبل أن نحىء إلى الاعتراض عليه نقول : خبر الكافر شهادة أم ليس بشهادة ؟ إن قلتم شهادة فممنوع ، وهو تقصير^(٢) في التعليل . وإن قلتم ليس بشهادة ، فلا يجوز قطع الحكم به بالإجماع .

والدليل على أن خبر الكافر ليس بشهادة : الكتاب ، والسنة ، والمعقول - على ما مر في مسألة شهادة الفاسق^(٣) .

ولئن سلمنا أنه يتغلب^(٤) الظن ، لكن غلبة الظن حجة مطلقة في الشرع أم حجة بطريق الضرورة ؟ ع م - وهذا لأن الدليل ينفي كون الشهادة حجة ، لما فيها من احتمال الخطأ : إلا أن الشرع جعله حجة للضرورة ، والضرورة اندفعت بشهادة المسلم - دل عليه أن شهادة المستأمن غير مقبولة ، لا على الذمي ولا على المستأمن .

(١) فَرَقَ بين الشَّيْئَيْنِ فَرَقًا وَفَرَّقَانَا فصل وبرز أحدهما من الآخر وفرق بين الخصم حكم وفصل - المعجم الوسيط . وراجع المصحفة ، ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ .

(٢) التَّخْفِيرُ في الأثر التَّوَاتُرُ فيه . والاقتصار على الشيء الاكتفاء به - مختار الصحاح . وقصُرُ في الأثر تهاون فيه - المعجم الوسيط .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة رقم ١٥٥ ص ٣٧٠ : « النكاح ينغدر بحضرة الفساق » .

(٤) تَغَلَّبَ على بلد كذا استولى عليه قهرا - المعجم الوسيط .

ثم التعليل معارض بقوله تعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ ^(١) وفي قبول شهادته إثبات السبيل على القاضى ، فكان متفنيا .

الجواب :

قوله : بأن خبر الكافر شهادة أم ليس بشهادة ؟ قلنا : شهادة ، لأن الشهادة إخبار عما شاهد وعاین ، كما شاهد وعاین بلفظ مخصوص ، على وجه يغلب على الظن صدقه ، وإنه موجود ههنا .

والجواب عن الاستدلال بالآية والحديث والمعقول - ما مر فى المسألة المتقدمة ^(٢) .
والكافر مستحق الكرامة من حيث إنه آدمى ، وإن كان مستحقا للإهانة من حيث إنه كافر فهو وجه آخر .

قوله : الشرع جعل الشهادة حجة بطريق الضرورة - قلنا : بلى . والضرورة هنا موجودة كما فى سائر الشهادات .

وأما المستأمن - قلنا : الشرع أبطل أهليته وأهدر عبارته ، لانعدام الحاجة - أما ههنا بخلافه .

وأما النص - قلنا : عام خص منه البعض ، وهو الكافر إذا ادعى على مسلم حقا ، فيخص هنا .

١٥٧ - مسألة : المحدود فى القذف إذا تاب ثم شهد ، لا تقبل شهادته - خلافا له ^(٣) .

(١) النساء : ١٤١ . وراجع الهامش ٢ ص ٣٧٣ .

(٢) راجع فيما تقدم للسألة ١٥٦ ص ٣٧٣ وما بعدها ، والمسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٣) قال فى التحفة ، ٣ : ٦٢٥ : « ولا تجوز شهادة المحدود فى القذف إذا تاب ، عندنا - خلافاً للشافعى » .

وأجمعوا على / أنه لو تاب قبل إقامة الحد وشهد ، تقبل شهادته . ولو شهد قبل إقامة الحد وقبل التوبة - عند أبي حنيفة : تقبل . وعند الشافعي : لا تقبل .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ والذين يرمون ^(١) المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ﴾ ^(٢) - الله تعالى نهي عن قبول شهادة المحدث في القذف على سبيل التأيد ، فلا تقبل شهادته .

فإن قيل : المراد من النص رام ^(٣) يعتاد الرمي ويصر عليه ، أم رام لا يعتاده ؟ م ع - وإذا تاب لم يمكن ممن يعتاد ويصر عليه ، وسياق هذه الصيغة يستعمل فيمن يعتاد .

ولكن مسلما أن المراد منه الرامي المطلق ، ولكن لم قلّم بأنه بعد التوبة بقي راميا ، وصار هذا كقوله عليه السلام : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » ^(٤) ثم الملاعن إذا أكذب نفسه يجتمعان . وقوله تعالى : ﴿ ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ﴾ ^(٥) ثم المناق في إذا مات يصل ^(٦) عليه .

(١) انظر فيما على الماش ٣ .

(٢) النور : ٤ - ٥ ﴿ ... ولولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾ .

(٣) رمى فلانا بأمر قبيح قلّفه ونسبه إلى الفاحشة (المعجم الوسيط) . وفي الشوكاني ، فتح القدير ، ٤ : ٧ : « قوله (والذين يرمون) استعار الرمي للشتم بفاحشة الزنا ، لكونه جنابة بالقول . ويسمى هذا الشتم بهذه الفاحشة الخاصة قلّقا » .

(٤) في الشوكاني ، فتح القدير ، ٤ : ١١ : « وأخرج عبد الرزاق عن عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ، قالوا : لا يجتمع المتلاعنان أبدا » . ولم نجده في بلوغ المرام وسبل السلام في حد القذف .

(٥) التوبة : ٨٤ ﴿ ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبورهم كفروا بالله ورسوله وماتوا وهم فاسقون ﴾ .

(٦) في الأصل : « يصل » .

ولئن سلمنا أن بقاءه راميا ليس بشرط ، لكن المراد منه ^(١) الشهادة القائمة في تلك الحالة أم شهادة حادثة بعدها ؟ م ع - وهذا لأن بالتوبة حدث له شهادة أخرى كالذمي إذا حد في القذف رد [ت] شهادته ، ثم لو أسلم تقبل شهادته .

ولئن سلمنا أن صدر الآية اقتضى النهي عن قبول الشهادة ، ولكن النائب قد استثنى عنه بقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك ﴾ ^(٢) ولا يقال بأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ، وهو قوله : ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ^(٣) لأننا نقول : الاستثناء المرتد لأشياء ينصرف إلى الكل كما لو قال : « عبيده حر وامرأته طالق إن شاء الله » .

الجواب :

قوله : المراد منه رام يعتاد الرمي - قلنا : ليس كذلك ، لأنه ليس في النص ذلك ، بل هو نهي مطلقا . وهذه الصيغة لا تقتضي الإصرار ، كما إذا قال : « الذين يدخلون الدار من عبيدي أحرار » : يمتنع بالدخول مرة ^(٤) .

قوله : لم قلتم بأنه بقي راميا بعد التوبة ؟ قلنا : بقاءه راميا ليس بشرط ، لأنه نهي عن قبول شهادة من وجد منه الرمي .

قوله : المراد منه الشهادة القائمة حالة / الرمي أم الشهادة الحادثة بعده ؟ قلنا : كل شهادة توجد منه ، لأنه مطلق ، إلا أن الذمي خص بالإجماع - دل عليه أن العبد إذا

١/١٣٤

(١) « المراد منه » غير مقروءة هنا ولكنها سترد واضحة في « الجواب » آخر هذه الصفحة .

(٢) النور : ٥ وتقدمت في الخامس ٢ ص ٣٧٥ .

(٣) النور : ٤ وتقدمت في الخامس ٢ ص ٣٧٥ .

(٤) كذا تبدو .

قذف فحد ثم أعتق لا تقبل شهادته^(١) وإن حدث^(٢) له شهادة بالعتق .

قوله : بأن الله تعالى : استثنى التائب - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أن هذا ليس باستثناء بل هو استدراك كما في قوله تعالى : ﴿ لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما ﴾^(٣) يعنى : « لكن سلاما » .

والثاني - إن كان استثناء ولكنه استثناء من خُلف^(٤) الجملة فينصرف إلى ما يليه لا إلى الكل - دل عليه أنه لا ينصرف إلى الجلد ، فإنه لا يصير ، كأنه قال : « فاجلبسهم إلا الذين تابوا » - فإن الجلد لا يسقط بالتوبة .

١٥٨ - مسألة : شهادة أحد الزوجين لصاحبه غير مقبولة .

والوجه فيه - أن هذه شهادة لا تعرى عن التهمة ، فلا تقبل ، قياسا على شهادة الوالدين .

(١) في الأصل « شهادة » وقال في التحفة ، ٣ : ٦٢٣ : « وكذا العبد إذا تحمل الشهادة لمولاه .. تقبل بعد العتق .. لكن لو شهد لمولاه وردت شهادته ثم شهد بعد العتق في تلك الحادثة لا تقبل ، بخلاف الكافر إذا شهد على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم أعاد تلك الشهادة بعد الإسلام تقبل والفرق مذكور في الخلافات » .

(٢) كذا في الأصل . ولعل المقصود : « جدت » .

(٣) مريم : ٦٢ - ﴿ لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما ولم يرزقهم فيها بكرة وعشيا ﴾ .

(٤) كذا تبدو « خلف » . وفي غنار الصحاح : خُلف ضد قدام وحلى خلقه أى بعده . وانظر : المعجم الوسيط . قال ابن قدامة في المغنى ، ٩ : ١٩٧ - ١٩٨ :

« .. وعند أى حنيفة لا تقبل رُملق بقول الله تعالى : ﴿ ولا تقلوا لهم شهادة أبدا ﴾ .

ولنا ... وأما الآية فهي حجة لنا فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى : ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره : إلا الذين تابوا : فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين . فإن قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التى تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد قلنا : بل يعود إليه أيضا ، لأن هذه الجملة معطوف بعضها على بعض بالواو ، وهى للجمع : تعمل الجمل كلها كالحملة الواحدة ، فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع منه مانع ... » .

وإنما قلنا ذلك - لأن هذه الشهادة تجر النفع إلى الشاهد ، وإنه يورث التهمة .
وإنما قلنا : إنه [لا] تجر النفع إلى الشاهد ، لأن ولاية الانتفاع ثابتة لكل واحد من الزوجين بمال صاحبه ، إلا أنها خفيت لحفاء ملك المالك . فإذا ظهر الملك له بالشهادة ، ظهرت ولاية الانتفاع للشاهد ضرورة .

والدليل على أن ولاية الانتفاع ثابتة لكل واحد من الزوجين بمال صاحبه جريان ، العرف والعادة المستمرة فيما بين الأزواج بالانتفاع والاستمتاع بمال صاحبه من غير منكر شرعا ، فلم أنها تجر النفع إلى الشاهد ، فيتهم ، فلا تقبل شهادته ، لقوله عليه السلام : « لا شهادة للمتهم » .

فإن قيل : هذا التعليل مخالف لإجماع الصحابة ، فإنه روى أن فاطمة ادعت فذلك^(١) بين يدي أبي بكر ، فشهد لها على وامرأة فقال أبو بكر : ضمى إلى الرجل رجلا ، أو إلى المرأة امرأة .

ثم نقول : لا نسلم بأن ولاية الانتفاع ثابتة بين الزوجين .

وأما ما ذكر من العادة - قلنا : العادة مشتركة في الأموال والأزواج ، فإن من الأموال / ما ينتفع كل واحد منهما به كالنقود والثياب والجواري . ومن الأزواج من ينتفع بمال صاحبه ومنهم من لا ينتفع به ، فلا تثبت ولاية الانتفاع بعادة مشتركة . ٢/١٣٤

(١) قال الله تعالى : ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذئ القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم ... ﴾ الحشر : ٧ .
قيل : المراد بالقرى : بنو النضير وقرية وفدك وخيبر .

(انظر في تفسير ذلك : الشوكاني ، فتح القدير ، ٥ : ١٩٥ وما بعدها . ويختصر تفسير ابن كثير ، ٣ : ٤٧٢ وما بعدها . وأستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة « خاتم النبیین » ، ٢ ص ١٠٥٥ وما بعدها « يهود فذلك » وكذا منه أيضا ص ١٤٩٣ - ١٤٩٤ . وله نظر فيما قاله ابن كثير رحمه الله (ص ١٠٥٧ - ١٠٥٨) .

ولئن سلمنا أن ولاية الانتفاع ثابتة بينهما ، ولكن بالإذن أم لا بالإذن ؟ م ع - ولا يمكن دعواه لأن ولاية الانتفاع بمال الغير - بغير^(١) إذنه لا تجوز شرعا ، والإذن غير موجود ههنا حالة الشهادة ، لأن [المال]^(٢) في يد الغير .

ولئن سلمنا أن هذه الشهادة تظهر ولاية الانتفاع للشاهد ، لكن قصدا أم ضمنا ؟ ع م - وهذا لأن الداخل تحت الشهادة ملك المدعى ، ونفع الشاهد يحصل ضمنا ، وذلك لا يمنع ، بدليل أنه تقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه وشهادة صاحب الدين لمديونه وشهادة أحد الأخوين لصاحبه .

ولئن سلمنا أنها تظهر ولاية الانتفاع - لم قلم بأنب [لا] لا تقبل ؟ .

قوله بأنه متهم - قلنا : هذا مجرد وهم ، لا أمانة عليه ، وهو ثابت في كل الشهادات .

ولئن سلمنا أنه متهم ، لم لا تقبل ؟ .

وأما الحديث - فإنه خرج مخرج العادة ، لأن الظاهر أن المتهم لا يشهد خوفا .
الجواب :

أما حديث قاطمة - فالصحيح أن أبا بكر رد دعواها وقال : « سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إنا معاشر الأنبياء لا نورث - ما تركناه صدقة »^(٣) .

أما قوله : لم قلم بأن ولاية الانتفاع ثابتة - قلنا : لما ذكرنا من العادة .

قوله : العادة مشتركة - قلنا : معلوم ، بالرجوع إلى عادات الأعم والأغلب ، أن ولاية الانتفاع ثابتة بين الزوجين - قال عليه السلام : « تنكح المرأة لما لها وجهاها »^(٤) .

(١) « بغير » مكررة في الأصل .

(٢) انظر ما يلى بعد سطور في « الجواب » .

(٣) راجع فيما تقدم المامش ١ ص ٣٧٨ .

(٤) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٨٢٥ ص ١٤٩ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٩١٣ ص ٩٧٦ : « تنكح المرأة لأربع : لما لها ولحسبها ولجمالها ولدينها ... » .

قوله : ولاية الانتفاع ثابتة بالإذن أم لا بالإذن ؟ - قلنا : بالإذن ، ولكنه ثابت بدلالة الزوجية وبدلالة العادة .

قوله : الإذن غير موجود - قلنا : بلى ، هو موجود على تقدير القدرة وحصول المال .

قوله : بأن هذه الشهادة تظهر ولاية الانتفاع قصدا أم ضمنا ؟ - سواء كان قصدا أو / ضمنا يكفى لإثبات^(١) التهمة ، والتهمة مانعة قبول الشهادة . ١/١٣٥

قوله : بأن [هذه] / شهادة ما تعرى عن التهمة^(٢) - قلنا : هذا القدر من التهمة لا يمنع القبول وإن كان يورث [التهمة] ، ولكنه يخص عن قضية النص ، لأن اعتباره يؤدي إلى سد باب الشهادة .

وأما شهادة الغريم والأخ لأخيه - قلنا : لا تهمة ثمة ، لانتهاء^(٣) ولاية الانتفاع .

قوله : هذا مجرد وهم ، وهو موجود في سائر الشهادات - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن المعنى من التهمة أمر يسمى الشخص به متهما عرفا ، وهو أن يتوهم فيه الكذب ، بناء على أمر ظاهر يدعو إلى الكذب ، وهو موجود ههنا .

وأما قوله : هذا خرج مخرج العادة - قلنا : نفى الشيء الحقيقي على لسان صاحب الشرع نفى لحكمه ، كقوله « لا صلاة إلا بطهارة » و « لا نكاح إلا بالشهود » .

١٥٩ - مسألة : النكاح ينعقد ويظهر بشهادة رجل وامرأتين . وقال الخصم : لا ينعقد ولا يظهر .

وعلى هذا الخلاف : كل حق ليس بمال محض ، وليس بعقوبة ، كالطلاق والعاق والوصية والرجعة والولاء والنسب .

(١) أورث فلانا شيئا تركه له - أعقبه إياه . ويقال أورثه المرض ضعفا والخرن هما - المعجم الوسيط . وفي الأصل كذا : « لا رات » .

(٢) العبارة المقدمة هي : « أن هذه شهادة لا تعرى عن التهمة فلا تقبل ... » ص ٣٧٧ .

(٣) كانت في الأصل : « لا تنفاد » ثم شطبت العين .

والكلام في موضعين : أحدهما - في انعقاد النكاح . والثاني - في ظهوره والقضاء به .

أما الكلام في الانعقاد - [ف] بطريقة الابتداء وبطريقة البناء :

أما طريقة الابتداء - أن يقول : شهادة رجل وامرأتين شهادة شاهدين - فينقصد النكاح بها كشهادة رجلين . وبيان الوصف ما مر في مسألة الإحصان^(١) : هل يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، من مسائل الحدود ؟ وبيان التأثير قوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » وقوله عليه السلام : « لا نكاح إلا بشهود » نفى واستثنى - فيقتضى انعقاد النكاح عند شهادة شاهدين أو شاهد [ة] شهود .

وأما طريقة البناء - فهو أن يبنى الانعقاد على الظهور وجواز القضاء به ، فنقول : شهادة رجل وامرأتين حجة مظهرة للنكاح ، فينقصد النكاح بها ، قياسا على شهادة رجلين .

وجه ذلك ما بينا في مسألة شهادة الفاسق^(٢) : أن الشهادة في / باب النكاح إنما ٢/١٣٥ شرطت متممة للمقاصد المطلوبة من النكاح ، بواسطة الصيانة عن خلل التجاحد . فإذا كانت هذه الشهادة مظهرة للنكاح موجبة للقضاء به ، تحصل الصيانة عن خلل التجاحد ، فينقصد النكاح به - لما مر . تقريره بسؤاله وجوابه في مسألة شهادة الفاسق .

وأما الكلام في الظهور - فالوجه فيه أن شهادة رجل وامرأتين حجة مُغْلِبَةٌ على الظن وجود النكاح ، فيجب القضاء بها في باب النكاح ، قياسا على شهادة رجلين .

وبيان الوصف ما ذكرنا في مسألة شهادة الفاسق^(٣) . وقامه في مسألة الإحصان^(٤) : هل يثبت بشهادة رجل وامرأتين ؟

(١) راجع فيما تقدم للسألة ٨٧ ص ٢١٧ - ٢١٩ .

(٢) راجع فيما تقدم للسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٣) راجع فيما تقدم للسألة ١٥٥ ص ٣٧٠ وما بعدها .

(٤) راجع فيما تقدم للسألة ٨٧ ص ٢١٧ - ٢١٩ .

وبيان التأثير بالنص والمعقول ، على ما مر ، في مسألة شهادة أهل الذمة (١) والأمتلة عليها والأجوبة عنها ما مر في مسألة الإحصان (٢) .

١٦٠ — مسألة : قضاء القاضى فى العقود والفسوخ بشهادة الزور ، ينفذ ظاهرا وباطنا .

وعندهم ينفذ ظاهرا لا باطنا .

والمعنى من النفاذ باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله - حتى إن من ادعى على امرأة نكاحا وأقام على ذلك شاهدى زور ، فقضاء القاضى به يثبت ملك النكاح والحل فيما بينه وبين الله تعالى ويحل للمرأة تمكينه ، وإن علمت أن الشهادة زور .
والوجه فيه - أن القاضى قضى بأمر الشرع ، فينفذ قضاؤه ، ظاهرا وباطنا - قياسا على الشهود الصادقين .

وإنما قلنا ذلك - لأن القاضى ألزمهما النكاح وأحكامه بقوله : حكمت بالنكاح بينكما وألزمكما أحكامه - والخلاف ثابت فى هذه الصورة .

وإنما قلنا بأنه بأمر الشرع - لأنه نائب عن الشرع ، فيصير كلامه منقولا إلى الشرع ، لأنه أمر بالقضاء عن الشرع ، لا عن نفسه ، فصار كأن الشارع قال : ألزمكما أحكام النكاح وأثبت الحل بينكما . ولو كان كذلك ثبت الحل / فيما بينه وبين الله تعالى . ١/١٣٦

فإن قيل : هذا التعليل مخالف للكتاب والسنة وإجماع الأمة .

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ ولا تقرّوا الزنا إنه كان فاحشة وساء

(١) راجع فيما تقدم للمسألة ١٥٦ ص ٣٧٣ وما بعدها .

(٢) راجع فيما تقدم للمسألة ٨٧ ص ٢١٧ - ٢١٩ ولشار إليها فى الهامش ١ و ٤ ص ٣٨١ .

سيلا ﴿١﴾ وهذا زنا ، لأنه وطء خال عن ملك النكاح وملك اليمين حقيقة ، وإنه متيقن بذلك ، والمرء مؤاخذ بزعمه .

وأما السنة - [ف] ما روى عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ سمع جليلة خصم بباب حجرته فخرج إليهم فقال : ألا إنما أنا بشر وإنما يأتيني الخصم فلعل بعضكم أن يكون أبليج من بعض فأحسب أنه صادق فأقضى له ، فمن قضيت له بحق مسلم فإنما هي قطعة من النار فليحملها أو يذرها - متفق على صحته . أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما (٢) . ولو نفذ القضاء باطنا كان للمال أو الملك حلالا ، ولو كان حلالا لما كان قطعة من النار . وإذا كان النبي ﷺ ، مع كونه مؤيدا بالوحي معصوما عن القضاء بالباطل ، هكذا مقالته في باب قضائه ، فكيف حال قضائنا ؟ .

وأما إجماع الأمة - فلأن الأمة أجمعت على أن كل وطء خلا عن ملك النكاح وملك اليمين ، فهو زنا ، لأنهم وإن اختلفوا في بعض المواضع في سقوط الحد ، ولكن اتفقوا على الحرمة : فمن قال بالحل ، فقد خالف الكتاب والسنة والإجماع ونصب الشرع من عند نفسه .

ثم نقول : لا نسلم بأنه قضى بأمر الشرع .

قوله : بأنه أمر بالقضاء عن الشرع - قلنا : بلى إذا كانت الشهادة صدقا قطعاً ، أما إذا كانت الشهادة صدقا عند القاضي وهي كذب في نفسها ، فهو غير مأمور بالقضاء ، بل منهي عنه لما فيه من تحليل الحرام وتحريم الحلال وإلحاق الضرر بالمسلمين . ولا يقال بأن صدق الشهود أمر باطن لا يمكن القاضي الوقوف عليه ، فلو علقنا الأمر بالقضاء به ، لا يمكنه ، فيؤدى إلى تعطيل المصالح ، لأننا نقول : الاعتراض عليه من وجهين / :

(١) الإِسْرَاءُ ٣٢ — ﴿ ولا تقرّبوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾ ولى الأصل : ﴿ ومقتا وساء سبيلا ﴾ وهو ما ورد في سورة النساء : ٢٢ - ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ﴾ .

(٢) انظر : بلوغ المرام ، رقم ١١٩٣ ص ٢١٧ . وسيل السلام ، رقم ١٣٠٤ ، ص ١٤٦٥ - ١٤٦٦ . وفيهما اختلاف في اللفظ عما هنا .

٢/١٣٦ أحدهما - أنه إما يؤدي إلى تعطيل القضاء : أن لو لم يكن القاضي بنى قضاءه على العلم ، وأنه يمكنه بأن يقول : إن كانت الشهود صدقا^(١) قضيت بالنكاح بينكما .

والثاني - إن لم يمكنه العلم بصدق الشهود ، يمكنه تحصيل الظن به : فيمكنه تحصيل الظن بكونه مأمورا بالقضاء ظاهرا ، فيقدم على صورة القضاء ويتوقف في ذلك ويبحث عن أحوال الشهود بالمبالغة في التفحص والتأمل فيه والتريض^(٢) .

ولئن سلمنا أنه مأمور بالقضاء ، ولكن قطعاً أم ظاهراً ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأن قيام الحجة ظاهراً يوجب توجه الأمر بالقضاء ظاهراً لا قطعاً . والثاني - مسلم ، ولكن الكلام في النفاذ قطعاً لا ظاهراً .

ولئن سلمنا أن قيام الحجة ظاهراً يوجب توجه الأمر قطعاً ، لكن بالقضاء ظاهراً أم بالقضاء باطناً ؟ :

الأول - مسلم ، ونحن نقول بثبوت أحكام النكاح ظاهراً ، وهو أمر القاضي إياها بالتمكين والزوج بالنفقة وغيرها .

والثاني - ممنوع ، فلم قلتم بأن قيام الحجة ظاهراً يوجب الأمر بالقضاء باطناً ؟ .

ولئن سلمنا أنه مأمور بالقضاء مطلقاً ، لكن إما يثبت الحل إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ .

(١) صدق فلان في الحديث صدقا أخبر بالواقع ، فهو صادق وصدق للمبالغة - والجمع صدق . وفي الأصل « صدقة » . وفي كتب السيرة أنه لما استشار النبي ﷺ أصحابه قبيل غزوة بدر قال سعد بن معاذ فيما قال : « .. إنا نصبر في الحرب صدق عند اللقاء ... » . انظر : أستاذنا المرحوم محمد أبو زهرة ، خاتم النبيين ، ٢ : ٧٤٣ .

(٢) يقال : راض نفسه بالتقوى فهو مروض وهي مروضة من راض روضاً ذلله - المعجم الوسيط . قال السمرقندي في مقدمة التحفة ، ١ : ١١ : « اعلم أن المختصر المنسوب إلى الشيخ أبي الحسين القلدي رحمه الله ، جامع جلا من الفقه مستعملة ... يهذى بها الرافض في أكر الحوادث والنوازل ويرتقى بها المرتاض إلى أعلى المراقى ... » .

وبيانه - وهو أن الحل لو ثبت لا يخلو : إما أن يثبت بواسطة النكاح ، أولا بواسطة النكاح :

لا وجه للأول - لأنه لم يوجد ههنا نكاح ، والكلام فيه .

ولا وجه للثاني - لأن الله تعالى نفى حل الوطء ، إلا بملك النكاح: أو بملك العيى ، لقوله تعالى : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين - إلى قوله - فأولئك هم العادون ﴾ (١) ولا يقال بأن النكاح ههنا يثبت قبيل القضاء مقتضى للقضاء تصحيحا له فيثبت الحل ، لأننا نقول : إنما يثبت النكاح بطريق الاقتضاء إذا أمكن - فلم قلتم بأنه أمكن ؟ بيانه من وجوه :

أحدها - أن من شرط ثبوت الشيء مقتضى للشيء أن يكون المقتضى دون المقتضى ، وههنا المقتضى فوق المقتضى . / لأن المقتضى ، وهو القضاء ، إظهار النكاح أو إلزام النكاح ، وإنه دون إنشاء النكاح ، لأن إنشاء النكاح إثبات الأصل ، وإظهار والإلزام إثبات الوصف ، والأصل فوق الوصف ، فلا يمكن إثبات الأصل مقتضى إثبات الوصف .

والثاني - أن الشيء إنما يثبت مقتضى للشيء إذا لم يكن (٢) شلأ أصليا له ، والنكاح ههنا شرط أصل للقضاء ، لا يتصور وجود القضاء به بدون ، لأنه إظهاره لا إنشاؤه ، وإظهار الشيء ولا شيء ، محال .

والثالث - أن النكاح عقد مخصوص ، وهو قوله : « زوجت » و « تزوجت » ، يقف على شرائط مخصوصة ، وهو الشهود والولاية ورضا الزوجين وهذه الأشياء لا تثبت بطريق الاقتضاء .

(١) المؤمنون : ٥ - ٧ : ﴿ والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين - فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون ﴾ .

(٢) في الأصل تبدو : « يمكن » .

(طريقة لخلال في الفقه - م ٢٥)

ولئن سلمنا أنه أمكن إثبات النكاح بطريق الاقتضاء ، هنا ، ولكن مقتضى إنما يثبت إذا كان فيه تصحيح هذا القضاء ، بل فيه إبطاله .

بيانه - أن هذا قضاء بنكاح قد كان ، فإنشاء النكاح في الحال لا يكون تصحيحاً لنكاح قد كان .

والدليل على صحة ما ذكرنا أن القاضى إذا قضى بالنكاح بشهادة الشهود ، ثم وجد الشهود كفاراً أو عبيداً أو (١) محدودين في قذف لا ينفذ قضاؤه باطلاً ، وإن وجد فيه ما ذكرتم من العلة - دل عليه أن المرأة إذا كانت منكوبة الغير أو معتدة الغير ، والشهود شهدوا على النكاح فقط لا ينفذ باطلاً . وكذا قضاء القاضى بشهاد الزور في الأملاك المرسلة - لا ينفذ باطلاً .

ولئن سلمنا أن النكاح ههنا يثبت بطريق الاقتضاء ، ولكن لم يثبت الحل به ؟ بيانه - أن الحل إنما يثبت بنكاح مطلق ، وهو النكاح من كل وجه ، الظاهر في حق جميع الأحكام ، والنكاح ههنا يثبت بطريق الضرورة والاقتضاء على زعمكم ، فلا يظهر في حق الحل .

الجواب :

أما الآية - قلنا لا تتناوله ، لأنه ليس بزنا . بدليل أنه لا يجب الحد عليه بالإجماع .

٢/١٣٧ وأما الحديث - قلنا : المراد منه الأملاك المرسلة - والله أعلم - على أن في الحديث / إشارة إلى ذلك فإنه قال : « فمن قضيت له بحق مسلم » - ولا يقال : الاعتراض على هذا من وجوه .

أحدها - أن الحديث مطلق فلا يجوز تقييده ، وليس فيه إشارة إلى الأملاك ، لأن القضاء في هذه الصورة أيضاً قضاء بحق مسلم .

(١) في الأصل : « و » وسأأتى في الجواب : « أو » .

والثاني - أن مفهوم هذا الكلام أنه عليه السلام أراد : إني بشر مثلكم يجرى على الخطأ والسهو في القضايا كما يجرى عليكم ، فمن قضيت له مخطئا فلا يأخذ به . وهذا لا يتفاوت بين الأنكحة والأملاك المرسلة^(١) .

والثالث - أنه عليه السلام قال : « فأحسب أنه صادق فأقضي له » - جعل ظن البصدق علة للخطأ في القضاء ، وهذه العلة قائمة ههنا ، فيثبت معلوله ، فيثبت حكمه .

والرابع - أنكم لما سلمتم أن هذا الحديث يقتضي حرمة الأملاك المرسلة في مثل هذه القضية ، فلا [ن] يقتضي حرمة الفروج ، كان أولى ، لأن حرمة الفروج أشد وأكد من حرمة الأموال .

لأننا نقول : المراد من الحديث الأملاك المرسلة بما ذكرنا من القرينة ، لأن القضاء ههنا ليس قضاء بحق مسلم ، لأن المرأة ليست بحق مسلم .

وأما إجماع الأمة - فالجواب عنه ما ذكرنا : أنه ليس بيزنا بل دليل عدم وجوب الحد . قوله : لم قلتم بأنه قضى بأمر الشرع ؟ قلنا : لأن المعنى يكونه مأمورا بكونه مكلفا ، والتكليف في موضع ما ، لا يقف على^(٢) العلم ، بل الأمر يمتد على الظن وقد حصل الظن .

قوله : أمكن بناء الحكم على الصدق القطعي بدون العلم بالصدق ، بأن يقول^(٣) : قضيت بالنكاح إن كان الشهود صدقا^(٤) - قلنا : هذا باطل ، لأننا أجمعنا أن القاضي لا يحل له أن يقول ذلك في موضع ما ، بل يجب عليه القضاء حتما ، والفقه فيه أنه متى غلب على ظنه صدق المدعى وصدق الشهود غلب على ظنه ظلم المدعى عليه ، فيجب على القاضي دفع الظلم قطعاً .

(١) أرسل الشيء أطلقه وأمله . وأرسل عليه بكتفه - المعجم الوسيط .

(٢) في الأصل : « عليه » .

(٣) في الأصل كنا : « يلول » .

(٤) في الأصل : « صدقه » راجع فيما تقدم الفاش ١ ص ٣٨٤ .

١/١٣٨ قوله : يجب عليه التأمل والتوقف - قلنا : لما بينا أنه / قضى بأمر الشرع يثبت الحل

ويجب دفع الظلم بلا توقف ، بمجرد غلبة الظن .

قوله : الأمر بالقضاء توجه قطعا أم ظاهرا - قلنا : ظاهرا لأنه فصل مجتهد فيه ،
فيثبت الحل ظاهرا .

قوله : بأنه مأمور بالقضاء ظاهرا أم باطنا ؟ - قلنا : إذا كان مأمورا بالقضاء صار
كأن الشرع قال ذلك ، فيثبت الحل به ، على ما ذكرنا .

قوله : إنما يثبت الحل إذا أمكن - قلنا : الأصل هو الإمكان .

قوله : الحل لو ثبت إما أن يثبت بواسطة النكاح أو لا - قلنا : إذا دللنا على ثبوت
الحل من الشرع فقد دللنا على وجود النكاح ضرورة .

قوله : بأن النكاح لم يوجد حقيقة بل بطريق الاقتضاء ، ولا وجه للاقتضاء - قلنا :
لو أثبتنا بطريق الاقتضاء فله وجه ، إلا أننا لا نثبت بطريق الاقتضاء ، بل نثبتة حكما
للقضاء ، لأن القضاء سبب للحل ، ولا حل إلا بالنكاح ، فكان سببا لثبوت النكاح .
ولا يقال بأن النكاح ليس إلا قوله : « زوجت » و « تزوجت » ، وهذا لم يوجد
حقيقة ، فلا يمكن إثباته حكما للقضاء ، لأنه أمر حقيقى لا يوجد بقضاء القاضى ،
لأننا نقول : النكاح وصف شرعى فى المحل قد يثبت بدون هذه الصيغة ، كما فى
الأخرس .

قوله : النكاح يختص بشرائط - قلنا والشرائط موجودة ههنا ، وهى : ولاية القاضى
وحضور الشهود .

قوله : هذا قضاء بنكاح قد كان ، وثبوت النكاح ابتداء لإبطال القضاء على هذا
الوجه - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما أن هذا قضاء بالنكاح مطلقا ، من غير التعرض للحال والماضى .

والثانى - أن هذا قضاء بنكاح قد كان ، والقاضى ههنا ينشئ نكاحا يظهر فى
حق أحكام قد كانت ، فيستند إليه .

وأما إذا وجد الشهود كفارا أو عبيدا أو محدودين إما لا ينفذ ، لأنه غير مأمور بالقضاء في هذه الحالة ، لأن هذه الأسباب يمكن الوقوف عليها في الجملة ، أما وهنا بخلافه .

وأما إذا كانت المرأة منكوبة الغير - قلنا : لا يمكن إثبات الحل ، لأن الحل إما يثبت بالنكاح ، والنكاح يقتضى محلا فارغا .

/ وأما الأملاك المرسلة - فلأن أسبابها كثيرة وليس البعض أولى من البعض - أما ٢/١٣٨
هنا بخلافه .

قوله : النكاح هنا يثبت بطريق الضرورة ، فلا يثبت في حق الحل - قلنا : ليس كذلك ، لأن النكاح هنا يثبت حكما للقضاء ، لا بطريق الاقتضاء .

١٦١ — [مسألة] : النكول حجة يقضى بها في باب الأموال . وعند^(١) لا يقضى بمجرد النكول ، بل ينقل اليقين إلى المدعى . فإذا حلف يقضى له .

والوجه فيه — أن نكول المدعى عليه عن اليقين دل على كونه كاذبا في الإنكار أو باذلا^(٢) للمال ، فيجب على القاضي القضاء [للمدعى] بأخذ المال ، قياسا على ما إذا بذل صريحا .

(١) عند الشافعي — انظر : الطرابلسي ، معين الحكام ، ص ٩٦ . و أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٣ .

(٢) البذل يقال سائته فأعطاني بذل يمينه : ما قدر عليه — المعجم الوسيط . وهنا معنى البذل ترك المنع أى ترك منع المدعى والإعراض عن منازعته فيما يدعيه وهو جائز في الأموال (انظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٢) وقد اختلف في وصفه وحكمه — وانظر في معناه أيضا فيما على ص ٢٨٣ .

وقد يجد القارئ المحدث في هذا الموضوع في كلام المؤلف بعض غموض — لذلك نورد ما يلي :
اذهب أبو حنيفة النكول بَدَلًا ، ومعنى البذل ترك المنع أى ترك منع المدعى والإعراض عن منازعته فيما يدعيه . واعتبه صاحبان إقرارا أى بدلا عن الإقرار ، وقائما مقامه في قطع الخصومة .
واستدلا على ما ذهبوا إليه بأن النكول عن اليقين يدل على أن الناكل كاذب في إنكاره السابق ومقر في المعنى بما ادعاه المدعى ولولا ذلك لما نكل .

وقال أبو حنيفة : حمل النكول على البذل أولى من حمله على الإقرار ، لأننا لو حملناه على الإقرار ، لكذبناه في إنكاره السابق . ولو جعلناه بَدَلًا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى ، صيانة للمسلم من أن يظن به الكذب .

وقال الشافعي : النكول يحتمل التورع عن اليقين الكاذبة ويحتمل الترفع عن اليقين الصادقة ويحتمل أيضا اشتباه الحال . وإذا كان الأمر كذلك فلا يصح أن يكون نكول المدعى عليه حجة مع هذا الاحتمال ، بل ترد اليقين على المدعى فإذا حلف قضى له بما ادعاه .

وقول مالك رحمه الله في هذا كقول الشافعي .

(أستاذنا المرحوم أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٢ - ٢٤٣) .

« إنما قلنا ذلك - لأنَّ اليمين واجبة عليه ، لقوله عليه السلام : « اليمين على من أنكر »^(١) . وكلمة « على » للإيجاب ، إلا أنه خص منه حالة الكذب والبدل^(٢) ، فقيما عداه يبقى واجبا عليه . فلو لم يكن كاذبا أو باذلا ، كان النكول امتناعا عن الواجب ، والظاهر من حال المسلم أن لا يقدم على ترك الواجب وظلم صاحبه - فدل امتناعه على أن اليمين ليست بواجبة عليه . ولن تخرج من كونها واجبة عليه إلا بكونه كاذبا أو باذلا . فإن كان كاذبا ، يكون ظلما ، فيجب على القاضى دفع ظلمه . وإن كان باذلا كان المدعى آخذا مال نفسه في زعمه ، فيجب على القاضى تمكينه من ذلك .

= وانظر :

— ابن القيم (٧٥١ هـ) الطرق الحكمية ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧٢ هـ ١٩٥٣ م ص ١١٦ وما بعدها .

— ابن فرحون (٧٩٩ هـ) تبصرة الحكام ، على هامش عيش (١٢٩٩ هـ) ، فتح العل المالك ، طبعة الحلبي ، ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ ، ص ١٩٠ وما بعدها .

— الطرابلسي ، معين الحكام ، طبعة الحلبي ، الثانية ، ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م ، ص ٩٦ وما بعدها .

— أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، القاهرة ، سنة ١٣٤٧ ، المطبعة السلفية ، ص ٢٤٠ وما بعدها .

وجملة الأحكام العدلية : المواد ١٧٤٢ و ١٧٥١ و ١٨٢٠ وشرحها لسليم باز ص ١١٠٦ و ١١٧٩ .

(١) في بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩ - والبيهقي بإسناد صحيح : « البيعة على المدعى واليمين على من أنكر » . وسبل السلام ، رقم ١٣٢٢ ص ١٤٨٣ - ١٤٨٤ وفيها أيضا عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه - الموضع نفسه فيها

« وعن ابن عمر رضی الله عنهما أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق - رواها الدارقطني وفي إسنادهما ضعف » بلوغ المرام ، رقم ١٢١٧ ، ص ٢٢١ .

(٢) في الأصل : « والبدل » بالبدال لا بالذال . وفيما تقدم قيل : « ... باذلا » .

فإن قيل : قولكم بأن النكول دليل على كونه باذلا أو كاذبا - قلنا : لم قلم بأن القضاء يجوز بمثل هذه الحجة ؟ بيانه - أن النكول متردد بين الكذب والبذل ، فلا يجوز للقاضي القضاء بحجة مترددة .

ثم نقول : لم قلم بأن النكول دلالة على كونه كاذبا أو باذلا ، ويحتمل أنه امتنع ترعفا حيث يستحلف على صدق كلامه ، ويحتمل أنه امتنع تورعا أو امتنع لاشتباه الأمر عليه ، والمحتمل لا يكون دليلا .

قوله بأن اليمين واجبة عليه - قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن كلمة « على » للإيجاب ، بل حقيقة في التعليل ، مجاز في الوجوب^(١) .

ولئن سلمنا بأنه للإيجاب ، / ولكن لا نسلم بأنه أهد به الإيجاب ههنا . ١/١٣٩

بيانه - أن النسي عليه السلام كما ذكر « اليمين » في جانب المنكر بكلمة « على » ، ذكر « البينة » في جانب المدعى بكلمة « على » ، ولم تجب عليه .

ولئن سلمنا أن اليمين واجبة عليه ، ولكن في حال الصدق [قطعاً أم^(٢)] في حال اشتباه الأمر عليه ، وإنه قد اشتبه عليه ، فلا يجب .

ولئن سلمنا أن اليمين واجبة عليه ، ولكن الامتناع إنما يدل على الكذب إذا كان عالماً^(٣) بالوجوب عليه ، وهو لا يعلم .

ولئن سلمنا أن النكول دليل على كونه صادقا مانعا .

(١) « على » حرف جر بمعنى فوق الشيء أو فوق ما يقرب منه . وقد تكون الفوقية معنوية . ومعنى مع ومعنى عن ومعنى لام التعليل ومعنى في ومعنى من ومعنى الباء والاستدراك - انظر بيان كل ذلك مع التمثيل لكل في : المعجم الوسيط . وفيه أيضا : تعلل الرجل تدرج في الارتفاع وتعل عنه ترفع عليه .

(٢) سيأتي في الجواب : « قوله : اليمين واجبة عليه حالة كونه صادقا قطعاً أم حالة الاشتباه » .

(٣) في الأصل كنا : « غالباً » . انظر بقية العبارة .

ولكن سلمنا أنه غلب على ظن^(١) القاضى كذبه أو بذه ، [ف] لم يجب عليه القضاء بهذا القدر من الظن ، وإنما يجب إذا لم يمكنه ظن فوقه وقد أمكن ، وهو نقل اليقين إلى المدعى ، وصار كما إذا نكل عن جواب الخصومة ، ولا يقضى بالنكل مرة واحدة^(٢) وإن كان ما ذكرتم موجودا .

الجواب :

قوله : هذه حجة متروكة بين الكذب والإنكار - قلنا : على التقديرين جميعا يجب على القاضى القضاء بملكه ، لأن حكم القضاء بالبذل لا يخالف حكم القضاء بكونه كاذبا ، فيكون النكل حجة على التقديرين .

قوله : يحصل أنه نكل ترغعا أو تورعا - قلنا : بل أصل الاحتمال ثابت ، ولكن ترجع ما ذكرنا لما مر من الدليل . على أن ما ذكرتم من الاحتمالات ، خلاف الظاهر ، نظرا إلى أحوال أوساط الناس . وأما الاشتباه فإنه قد صرح بنفى الاشتباه لمكان الإنكار .

قوله : لم قلم بأن كلمة « على » للإيجاب - قلنا : بالنقل والاستعمال . قال الله تعالى : ﴿ وَفَعَلَ عَلَى النَّاسِ حِجَّ الْبَيْتِ ﴾^(٣) ولا تنافي بين الفعل والوجوب^(٤) .

قوله : لم قلم بأنه أهد به الإيجاب هنا - قلنا : لما ثبت أنه موضوع للإيجاب .

قوله : لم يرد به (اليقين) الإيجاب فى جانب المدعى - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - لا نسلم أنه لم يرد به الإيجاب ، بل البيئة واجبة على المدعى .

(١) « ظن » غير ظاهرة تماما .

(٢) إذا قال المدعى عليه لا أحلف للقاضى يقول له : إني أعرض عليك اليقين ثلاث مرات . فإن حلفت وإلا قضيت عليك بأمال - معين الحكام ، ص ٩٧ . و أحمد إبراهيم ، طرق القضاء ، ص ٢٤٠ .

(٣) آل عمران : ٩٧ . ويراجع فيما تقدم المايش ١ ص ٣٩٢ .

(٤) تَعْلَى الرجل تدرج فى الارتفاع . وتعل عنه ترفع عليه - المعجم الوسيط . وقد تقدمت فى

المايش ١ ص ٣٩٢ .

٢/١٣٩ والثاني - أن يردّ به الإيجاب في حقه ، بدليل منفصل ، لا يدل على أنه / لم يرد به الإيجاب في موضع آخر .

قوله : اليمين واجبة عليه حالة كونه صادقا قطعا أم حالة الاشتباه ؟ قلنا : في الحالين جميعا ، لأنه مطلق ، على أن الاشتباه منتف - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : هذا إما يدل على كونه كاذبا أو باذلا إذا علم - قلنا : لو فرضنا الكلام في [الحقيقة]^(١) سقط السؤال . وإن لم نفرض ، فنقول : أحكام الشرع لا تبنى على حقيقة العلم ، بل على دليله ، وهو دار الإسلام .

قوله : بأن التصريح بالإنكار يعارض هذه الدلالة - قلنا : الإنكار معارض بدعوى المدعى ، فيبقى النكول من غير معارض ، والمنع لا يمنع ذلك ، إذ لا تناق بين المنع الحسى وكونه كاذبا .

قوله : إن غلب على ظن القاضى ، لم يجب عليه القضاء - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : يمكنه الوصول إلى ظن فوقه بنقل اليمين - قلنا : نقل اليمين لا يفيد زيادة الظن لا محالة ، والحكم على أصل الظن . وأما إذا نكل عن جواب الخصم^(٢) - قلنا : لأنه يمكن أن يكون مقرا أو منكرا ، أما ههنا بخلافه ، وإنما لا يقضى بالنكول مرة ، لأنه لا يدل على كونه كاذبا أو باذلا إلا بالتقرير والتكرير .
والله أعلم .

(١) هنا كلمة غير مقروءة برغم كثرة محاولتنا . ورسمها كنا : « في الفقيه » ولعلها : « في الحقيقة » .

(٢) لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضى مجيبا له - معين المحكام ص ٩٧ .

١٦٢ - مسألة : الاستحلاف لا يجرى في الأشياء الثلاثة ، وهي : النكاح^(١) ويندرج تحته الرجعة والنفى في الإيلاء ، والرق ويندرج تحته الولاء^(٢) ، والنسب ويندرج تحته أمومية الولد لأنها من آثار النسب^(٣) .

والوجه فيه - أن يمين المدعى عليه في دعوى الرق والنكاح ليست بحق للمدعى فلا يجبر المدعى عليه ، عليه قياساً على ما قبل الدعوى^(٤) .

وإنما قلنا ذلك - لأن المقصود في الدعوى هو حصول المدعى لا غير ، واليمين ليست بوسيلة إليه ، لا على تقدير وجوده ولا على تقدير عدمه . أما على تقدير وجوده فظاهر . وأما على تقدير عدمه ، فلأن النكول إنما يكون وسيلة إلى حقه بواسطة القضاء به ، والقضاء بالنكول في هذا الباب لا يجوز ، لأن النكول بذل ، والبذل^(٥) لا يجرى في هذه الأشياء / ولهذا لو صرح بالبذل لا يجوز القضاء به .

١/١٤٠

فإن قيل : قولكم بأن يمين المدعى عليه ليست بحق للمدعى ، فلا يجبر عليه - قلنا : إشارة إلى أن الجبر على اليمين لحق المدعى . وعندنا : لا يجبر على اليمين إلا لحق الشرع .

ولكن سلمنا أنه لحق المدعى ، ولكن لم قلّم بأن يمين المدعى عليه ليست بحق له ؟ .
قوله : لأن المقصود حصول المدعى ، واليمين^(٦) لا تصلح وسيلة إليه - قلنا : لا نسلم .

(١) راجع - السمرقندي ، التحفة ، ٢ : النكاح ص ١٧٤ وما بعدها . والرجعة ص ٢٥٧ - ٢٩٧ . والإيلاء ، ٣٠٥ وما بعدها .

(٢) راجع - السمرقندي ، التحفة ، ٢ : العتاق ص ٣٨٠ وما بعدها . والولاء ، ص ٤٢٤ - ٤٢٩ .

(٣) راجع - السمرقندي ، التحفة ، ٢ : أم الولد ص ٤٠٦ - ٤١٠ . والإقرار بالوارث ج ٣ ص ٣٣٤ - ٣٣٦ .

(٤) راجع في كتاب الدعوى والبيّنات - السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ٢٨٩ - ٣١٥ .

(٥) في الأصل : « بدل والبذل بالبذل » انظر ما تقدم ص ٣٩٠ والمغاشي ٢ منها .

(٦) في الأصل قلنا : « والمين » .

قوله : لأن النكول بذل ، والبذل لا يجرى في هذا الباب - قلنا : لا نسلم بأن النكول بذل في موضع ما ، بل هو [إقرار ^(١)] فيه شبهة - دل عليه أن القضاء بالنكول يجرى في حق المكاتب والعبد المأذون والصبي المأذون ، والبذل لا يجرى في حق هؤلاء .

ولئن سلمنا أن النكول في باب الأموال ولكن لم قلم بأنه بذل هنا ؟ . يبيانه - أن النكول إنما جعل بذلا في باب الأموال ، لأنها قابلة للبذل ، وهنا غير قابلة ، فلا يحمل عليه .

ولئن سلمنا أن النكول بذل ههنا ، ولكن لم قلم بأن البذل لا يجرى في هذه الأشياء ؟ - وهذا لأن المعنى بالبذل ليس هو التملك ابتداء ، بل هو ترك الخصومة والمنازعة المستحقة للمدعى ، والنفس قابلة للبذل على هذا التفسير ، بخلاف ما إذا صرح بالبذل ، لأنه إباحة ابتداء .

ثم الدليل على أن الاستحلاف يجرى في هذه الأشياء مسألة ذكرها في كتاب الطلاق : إن الرجل إذا طلق امرأته طلاقا رجعيا ثم قال لها : راجعتك فإنك أخبرتني أمس أنك طعنت ^(٢) في الحيفة الثالثة ، وقالت المرأة انقضت عدتي وما أخبرتك بشيء ، فإنها تستحلف ، فإذا نكلت يقضى عليها بالنكول .

الجواب :

قوله : الجبر على اليمين لحق الشرع - قلنا : لا نسلم ، بل هي لحق المدعى ، لأنه يثبت بطلبه ويترك بتركه ، وهو الذي ينتفع به على الخصوص ، فيكون حقه .

قوله : لم قلم بأن النكول بذل في موضع ما ؟ قلنا : لأنه يحتمل أن يكون بذلا ويحتمل أن يكون دلالة على الكذب ، إلا أن حمله على البذل أولى ، لأن فيه حمل أمره على الإصلاح .

(١) « إقرار » غير مقروءة وموضعها يياض . ولكن سيأتي في الجواب ما يفيدها .

(٢) طعن في الشيء دخل أو أخذ فيه - يقال : طعنت المرأة في الحيفة دخلت في أيامها - المعجم الوسيط .

قوله : بأن النكول إقرار فيه شبهة - قلنا : لا نسلم ، وما ذكر من الأحكام / - ٢/١٤ .
قلنا : لا نعنى بالبذل الهبة والتقليك ابتداء ، بل نعنى به ترك المنازعة لتحصيل المدعى ،
والبذل على هذا التفسير يجرى في هذه الأشياء في [حق] هؤلاء .
قوله : النكول : إن كان بذلا في الأموال - لم قلتم بأنه بذل هنا ؟ - قلنا : لأن وجه
الدلالة على البذل ، وهو حمل أمره على الصلاح ، تشمل الفصلين .

قوله : غير قابلة - قلنا : نعنى به أنه لو ندّم^(١) عليه ترك الخصومة لا يأثم ، سواء
كان الحل قابلا لثبوت الحل بالبذل أو لم يكن .
قوله : لم قلتم بأن البذل على هذا التفسير لا يجرى في هذا الباب - قلنا : بدليل
الإجماع والمعقول :

أما الإجماع - فهو أنا أجهنا على أن من ادعى على امرأة نكاحا عند القاضي
فأنكرت وقالت : لا نكاح بيننا ، ولكنى لا أنازعه ، فالقاضي لا يقضى بالنكاح بينهما .
وأما المعقول - فلأن الدعوى لا تصلح سببا لاستحقاق هذه الحقوق .

وأما ما ذكر من المسألة - قلنا : ذاك ليس بقضاء بالنكول ، لأن^(٢) الرجعة كانت
ثابتة ، وإنها باقية بقاء العدة ظاهرا ، فالمرأة تدعى بطلان حق الرجعة الواقعة حقيقة
بانقضاء العدة ، فكانت منكرة صحة المراجعة معنى ، فتستحلف ، فإذا نكلت
صحت^(٣) الرجعة بناء على العدة .

١٦٣ — مسألة : القضاء على الغائب ، وللغائب - لا يجوز .

والوجه فيه - أن شرط جواز القضاء لم يوجد ، فلا يجوز القضاء ، قياسا^(٤) على
القضاء قبل الدعوى .

(١) في الأصل تبو : « قدم » .

(٢) تبو في الأصل كذلك بعد شطب كلمة « حق » وكتابة « لا » بدلا منها على ما
يبدو .

(٣) في الأصل كنا : « صحى » .

(٤) في الأصل : « قياسا » .

الجواب :

قوله : البينة محتملة احتمالا على السواء ، أو ^(١) ترجح فيه [لا] جهة الصدق - قلنا : ترجح فيها جهة الصدق ، لكن مع هذا يبقى احتمال الكذب . والدليل ينفي بناء القضاء عليه ، لما فيه من احتمال ضرر العقاب .

قوله : لم قلتم بأن تلك الضرورة لم توجد هنا ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : الضرورة الجماعية ^(٢) للبينة حجة - [هل] ضرورة الوصول إلى الحق ؟ قلنا : بلى ، ولكن ضرورة الوصول إلى الحق بواسطة الإثبات بحيث لولا الإثبات بالبينة لا يمكن من الوصول إليه ، وهذه الضرورة متعلمة هنا ، لأن الظاهر هو الإقرار .

قوله : الشرط وجود الإنكار قطعاً أم ظاهراً ؟ - قلنا : ظاهراً ولم يوجد ، لما ذكرنا أن الظاهر هو الإقرار بخلاف الوكيل إذا أنكر ، لأن الوكيل قائم مقام الموكل ، وإنكار الوكيل قد وجد قطعاً ، أما ههنا بخلافه .

وأما الأحكام :

أما مسألة الحد و [مسألة] دعوى الشراء - قلنا : الحاضر ينتصب خصماً عن الغائب في انكار العين وإنكار الشراء ، ضرورة كونه خصماً فيما تعلق بهما .

وأما مسألة نفقة المرأة و [مسألة] الوديعة - قلنا : القاضى انتصب ، لأنه هو المحتسب لإحياء الحقوق عند الحاجة ولمعجز .

١٦٤ - مسألة : الخارجان إذا ادعى ملكاً مطلقاً ^(٣) أو ادعى التاج ، والعين في

(١) تقدم في المسألة : « و » .

(٢) في الأصل قلنا : « الجماعية » .

(٣) المراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب ، بأن يقول : هذا ملكى ولا يقول : هذا ملكى بسبب الشراء أو الإرث أو نحو ذلك - لأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالإثبات (الشلبى على الزيلعى ، ٤ : ٢٩٤) .

يد ثالث ، وأقاما جميعا البيعة ، يقضى بالعين بينهما نصفين . وله فيه ^(١) قولان : في قول يتهاتر البيتان ولا يقضى أصلا . وفي قول : يقرع بينهما / والمناظرة على الأول . ١/١٤٢

والوجه فيه - أن بيعة كل واحد منهما حصلت أمانة على ثبوت الملك له ، فيقضى بالنصف لكل واحد منهما ، عملا بالأمانتين بقدر الممكن ، وبيان الوصف والتأثير ما ذكرنا في مسألة زوج المعتدة ^(٢) .

فإن قيل : قولكم بأن بيعة كل واحد منهما حصلت أمانة على ثبوت الملك له - قلنا : الاعتراضات على الوصف والتأثير ما ذكرنا في مسألة زوج المعتدة . والذي يخص بهذه المسألة أن الأمانة في الباب التي يجب العمل بها هي مطلق الشهادة أو شهادة العدل ؟ ع - ولا يمكن القول به ، لأن إحدى البيتين إذا كانت عادلة والأخرى فاسقة لا يقضى بالعين بينهما بالإجماع . والثاني م - لكن لم قلتم بأن كل واحدة من البيتين عادلة ؟ - بيانه أن أحد ^(٣) الفريقين كاذب ييقن ، لأن العين الواحدة : في حالة واحدة لا يتصور أن تكون مملوكا لشخصين على سبيل الكمال ، فكان أحد الفريقين كاذبا ييقن ، والكاذب فاسق ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فوجب القول بالتهاتر ، وصار كما إذا شهد أحد الفريقين أن فلانا اعتق عبده يوم النحر بكوفة والآخر [أنه] طلق امرأته يوم النحر بمكة ^(٤) ، عاترت البيتان لما قلنا - كذا هذا .

الجواب :

أما الاعتراضات - فجوابها ما عرف في مسألة زوج المعتدة .

(١) انظر : التحفة ، ٣ : ٢٩٧ : « وللشافعي فيه قولان ... » .

(٢) راجع فيما تقدم : كتاب الطلاق ، ص ١٠٠ - ١٤٣ ومنه المسألة ٥٦ ص ١٣٤ - ١٣٦ .

(٣) في الأصل : « إحدى » وسيأتي بعد قليل : « أحد الفريقين » .

(٤) كذا في الأصل ويلاحظ أن موضوع الشهادتين ليس واحدا . فالأولى موضوعها عتق العبد والأخرى موضوعها طلاق المرأة .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢٦)

وإنما قلنا ذلك - لأن شرط جواز القضاء وجود الحجة الموجبة للقضاء ، وكونه البينة حجة موجبة للقضاء تغف على وجود الدعوى والإنكار ، وقد انعدم الإنكار ، فلا يكون حجة .

وإنما قلنا : إن شرط كون البينة حجة وجود الإنكار ، لأن الدليل ينفي كون البينة حجة ، لما فيها من احتمال الصدق والكذب ، إلا أن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة وإيصال الحق إلى المستحق ، وذلك إما يكون عند الخصومة والإنكار ، فإذا انعدمت الخصومة / والإنكار ، انعدمت الضرورة ، فلا تكون حجة - ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا قبل الدعوى ، ثم ادعى المدعى ، لا يجوز القضاء بتلك الشهادة . ١/١٤١

وإنما قلنا إنه لم يوجد الإنكار - لأن المدعى عليه إذا كان غائبا يحتمل أن يكون مقرا ويحتمل أن يكون منكرا ، بل الظاهر منه الإقرار ، بناء على ظاهر حال المدعى .

فإن قيل : قولكم بأن الدليل ينفي كون البينة حجة - قلنا : لا نسلم .

قوله : لما فيها من احتمال الصدق والكذب - قلنا : احتالا (١) على السواء (٢) ، وجانب الصدق فيه راجح ع م - فلم قلتم بأنه يبقى العمل بالاحتمال الذى رجح جانب الصدق فيه لظاهر حاله ؟ .

ولئن سلمنا أن البينة حجة ضرورية ، لكن لم قلتم بأن تلك الضرورة لم توجد هنا ؟ .
قوله : الإنكار شرط لوجود الضرورة - قلنا : لا نسلم - بياحه أن الضرورة الجماعلة للبينة حجة ، ضرورة الوصول إلى الحق ، وقد وجدت ههنا ، لأن الغائب إن كان مقرا يمكنه الوصول إلى الحق بدون البينة . وإن كان منكرا ، لا يمكنه الوصول إلا بالبينة ، فلا بد من البينة .

ولئن سلمنا أن الضرورة هى للإنكار ، ولا إنكار (٣) ههنا - ولكن لم قلتم بأنه لا ضرورة إلى إثبات الحق ؟ .

(١) كلما سيأتى فى الجواب : « احتالا » .

(٢) سيأتى فى الجواب : « أو » .

(٣) فى الأصل : « ولا الإنكار ههنا » .

ولئن سلمنا أن الإنكار شرط ، ولكن قطعاً^(١) أم ظاهراً ؟ ع م - فلم قلتم بأنه لم يوجد الإنكار ظاهراً ؟ وبيان وجوده أن المدعى كما يدعى أصل الحق ، يدعى إنكار المدعى عليه ، لأنه لو لم يدع^(٢) إنكاره لا تسمع منه البيّنة . والظاهر من كلامه الصدق ، فكان الظاهر وجود الإنكار ، والإنكار ظاهراً يكفي للبيّنة ، بدليل أن الوكيل إذا أنكر على موكله ، يقضى على الموكل ، وإن كان احتمال الإقرار من الموكل ثابتاً .

ولئن سلمنا أنه لم يوجد الإنكار أصلاً - لم لا يجوز القضاء ؟ بيانه : أن شرط جواز القضاء وجود حجة ما ، لا وجود حجة معينة ، وهي البيّنة .

والدليل على أن القضاء على الغائب جائز - الأحكام :

منها - أن عبداً لو قذف حراً ، فادعى المقتدِف على الفاذف العتق لإقامة الحد الكامل ، والمولى غائب ، وأقام البيّنة / فإنه يقضى عليه بالعتق . ٢/١٤١

ومنها - أن من ادعى عبداً في يد إنسان ، وقال : اشتريته من فلان الغائب - وأقام على ذلك بيّنة ، يقضى بالملك له ، وبالشراء من الغائب ، حتى لو حضر وأبكر لا يلتفت إليه .

ومنها - أن المرأة إذا ادعت النفقة على زوجها الغائب وأقامت البيّنة ، يقضى لها ، بالنفقة عليه .

ومنها - إذا ادعى رجل أن فلاناً القاتل أودعني هذه الدابة ولم يترك لها نفقة وطلب من القاضي القضاء بالنفقة من مال المودع وأقام البيّنة^(٣) ، يقضى له . وهذا كله قضاء على الغائب .

(١) في الأصل كلا : « قطعاً » .

(٢) في الأصل كلا : « يدعى » .

(٣) ساعد على قراءة هذه العبارة « وأقام البيّنة » الحكماء السابقون على هذا الحكم .

وأما قوله : الأمانة التي يجب العمل بها شهادة العدل - قلنا : بلى ، ولكن الكلام فيما إذا كانوا عدولا^(١) زكاهم المزكى والقاضى .

قوله : أحد الفريقين فاسق - قلنا : إنما يكون فاسقا إذا كان متعمدا^(٢) الكذب . أما إذا بنى شهادته على دليل ، وهو اليد أو الشراء أو ما يجرى مجراها ، لا يكون فاسقا ، فبقى :

قوله^(٣) : أمانة فيجب العمل به ، لأن وجوب العمل بناء على وجود الأمانة^(٤) ، لا على حقيقة الصدق ، على ما ذكرنا في مسألة زوج المعتدة .

٢/١٤٢ وأما مسألة / الكوفى والمكى - قلنا : ثمة أحد الفريقين فاسق متعمد الكذب ، لأن ذلك بناء على الغائب ، ولا يتصور معاينة^(٥) شخص واحد فى يوم واحد بمكة وبكوفة ، فكان أحدهما فاسقا - أما ههنا بخلافه .

١٦٥ - مسألة : الخارج مع ذى اليد إذا تنازعا فى الملك المطلق ، وأقاما جميعا البيعة - يقضى ببيعة الخارج . وعنده : يقضى ببيعة ذى اليد^(٦) .

والوجه فيه - أن بيعة الخارج أكثر إظهارا ، فكان القضاء بها أولى ، قياسا على البائع والمشتري إذا اختلفا فى مقدار الثمن وأقاما البيعة ، كانت بيعة البائع أولى .

(١) فى الأصل : « عدول » . (٢) فى الأصل كذا : « معتمدا » انظر ما مل

(٣) لعل الكلام متصل فيكون كذا : « فبقى قوله : أمانة .. » .

(٤) فى الأصل كذا : « الأمانة » .

(٥) عاينه معاينة وعيانا رآه بعينه ولقته عيانا ومعاينة لم أشك فى رؤيته لياه - المعجم

الوسيط .. وفيما تقدم الهامش ٤ ص ٤٠١ .

(٦) قال السمرقندى فى التحفة ، ٣ : ٢٩٥ - « أما إذا كان الدعوى فى ملك مطلق : إن

كانت من الخارج على ذى اليد بلا تاريخ ، فبيعة الخارج أولى عندنا . وعند الشافعى بيعة ذى اليد أولى . وهى مسألة معروفة » .

وإنما قلنا إن بينة الخارج أكثر إظهارا ، لأن بينة الخارج مظهرة للملك من كل وجه ، وبينة ذى اليد مظهرة للملك من وجه ، لأن الملك من وجه ثابت له ، بدون البينة ، بظاهر اليد ، لأن اليد المتصرفه دليل الملك . وإذا كانت بينة الخارج أكثر إظهارا ، فقد خلت عن المعارض في حق تلك الزيادة ، فيجب العمل بها في حق تلك الزيادة ، ولا يمكن العمل بها في حق الزيادة إلا بالقبول في حق الكل .

فإن قيل : قولكم بأن بينة الخارج أكثر إظهارا - قلنا : لا نسلم .

قوله بأن بينة ذى اليد مظهرة للملك من وجه - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأن اليد دليل الملك - قلنا : لا نسلم .

والدليل على أن اليد لا تدل على الملك - المعقول والحكم :

أما المعقول - فهو أن اليد محتملة : تحتمل أنها يد غصب ، وتحتمل أنها يد وديعة أو عارية أو إجارة أو ملك - فلا تدل على الملك .

وأما الحكم - [فقد] أجمعنا على أن الشهود إذا قالوا : « نشهد أن هذه العين ملك فلان لأننا رأيناه في يده » - لا تقبل هذه الشهادة . فلو كانت اليد دليل الملك لقبلت ، كما إذا قالوا : « نشهد أن هذه العين ملكه ، لأننا رأيناه اشتراه من فلان » .

ولئن سلمنا أن اليد دليل الملك ، لكن في حالة المنازعة أو في غير حالة المنازعة ؟ ع م - وهذا لأن اليد إن كان دليل الملك ، فدعوى المدعى تنفى ثبوته .

وإن سلمنا أن بينة الخارج أكثر إظهارا ، / لكن لم قلتم بأن القضاء بها أولى ؟ ١/١٤٣

قوله : بأنها خلت عن المعارض في تلك الزيادة - قلنا : خلت عن معارض هي بينة أم خلت عن معارض أصلا - الأول مسلم ، ولكن هذا لم يوجب العمل به . والثاني ممنوع ، لكن هذا في حيز التعارض لأنه لا يمكن العمل بها في حق الزيادة إلا بالعمل بها في حق الأصل ، والعمل بها في حق الأصل متعذر باعتبار المعارض .

ثم نقول : بينة الخارج إن كانت أكثر إظهارا ، فبينة ذى اليد أكثر صدقا ، لأنه

مؤيد باليد ، والترجيح بزيادة الصدق أولى ، لأن الركن هو الصدق ، فصار كدعوى النتائج ودعوى النكاح ودعوى الشراء من مالك : فإن بينة ذى اليد أولى منها .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن اليد دليل الملك - قلنا : لأن الأصل أن تكون اليد محقة ويد أصالة لا يد نيابة ، لأن الأصل أن يكون الإنسان عاملا لنفسه لا لغيره .

قوله : بأن اليد تحتمل - قلنا : أصل الاحتمال ثابت ، لكن يد الملك راجح - على ما مر .

وأما إذا قال الشهود : نشهد أن عين كذا ملك فلان ، لأننا رأيناه في يده - إنما لا تقبل هذه الشهادة ، لأن اليد إن كانت دليل الملك ، لكنه دليل الملك من وجه في حق الدفع لا في حق الإلزام .

قوله : اليد دليل الملك في حالة المنازعة أم في غير حالة المنازعة ؟ - قلنا : في الحالين جميعا ، لأن وجه الدلالة لا يختلف .

قوله : بأن دعوى المدعى تنفى ثبوت الملك له - قلنا : دعوى المدعى يصير معارضا بإنكار ذى اليد ودعواه لنفسه ، فبقيت اليد خالية عن المعارض .

قوله : بأن بينة الخارج في حق الزيادة غلت عن معارض هو بينة أو عن معارض أصلا - قلنا : غلت عن المعارض أصلا فيما يرجع إلى كونها حجة ، لأن اليد إن كانت [ت] تدل على الملك من وجه ، لكن على وجه لا يجوز القضاء بها .

وأما ما ذكر من المعارضة - قلنا : لا معارضة / لأن امتناع العمل بينة الخارج في حق الأصل لا يكون بدليل ناف بل بقضية التعارض . ٢/١٤٣

قوله : بأن بينة الخارج إن كان أكثر إظهارا ، فبينه ذى اليد أكثر صدقا - قلنا : بلى ، ولكن الترجيح بزيادة الإظهار أولى ، لأن الإظهار مقصود من البينة ، والصدق وسيلة إليه ، والترجيح بالمقصود أولى .

وأما الأحكام :

قلنا : في دعوى التنازع بينة ذى اليد أولى ، لأنها دعوى أولية الملك ، واليد لا يدل عليه ، فمست الحاجة إلى الإثبات بالبينة . وأما دعوى النكاح ، فهي في معنى دعوى التنازع . وكذلك دعوى الشراء ، في معنى دعوى التنازع - لما ذكرنا .

١٦٦ - مسألة : الأب إذا استولد جارية ابنه ، يملكها بالقيمة ، ولا يلزمه العُقر^(١) ، وعنده : يملكها ويلزمه العُقر .

والوجه فيه - أن الأب وطىء مملوكة نفسه ، فلا يلزمه العُقر ، قياسا على ما إذا اشتراها ثم استولدها .

وإنما قلنا : انه وطىء جارية نفسه - وذلك لأن الأب بسبيل من تملك الجارية قبل الوطء ، وقد تملكها قبل الوطء ، فثبت الملك ضرورة .

وإنما قلنا إن الأب بسبيل من تملك الجارية ، لأنه بسبيل من تملك طعام الابن عند الحاجة إلى الأكل ، لمعنى : ذلك المعنى موجود ههنا ، وهو الاستبقاء ، وبقاء الإنسان بعد وفاته يكون بقاء ولده الذى يحى به ذكره ويدعو له . وإذا كان كذلك فقد تملكها ، لأنه استولى عليها ، وأثبت يده عليها ، وذلك سبب الملك ، كالصيد ، فيكون الوطء مصادفا للملكه ، فلا يلزمه العُقر .

فإن قيل : قولكم بأن الأب وطىء مملوكة نفسه - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه بسبيل من تملك شرعا ، وقد تملك - قلنا : لا نسلم ، ولا نسلم بأن الأب بسبيل من تملك مال الابن عند الحاجة ، بل هو بسبيل من تناوله على ملك الابن .

(١) العُقر مهر المرأة إذا وطئت بهشبة - المعجم الوسيط . وى تعريفات الجرحاني : « العُقر أجرة الوطء لو كان الزنا حلالا . وقيل مهر مثلها . وقيل في الحرة عشر مهر مثلها إن كانت بكرا ونصف عشرها إن كانت ثيبا وفى الأمة عشر قيمتها إن كانت بكرا ونصف عشرها إن كانت ثيبا » .

١/١٤٤ ولن سلطنا أنه بسبيل من التملك ثمة - لم قلم بأنه بسبيل من التملك هنا ؟ /
قوله : يحتاج إلى الاستبقاء ههنا ، كما يحتاج إلى الاستبقاء ثمة - قلنا : لم قلم بأن
هذه الحاجة مثل تلك الحاجة ؟ وبيان التفاوت من وجهين :
أحدهما - أن هذه استبقاء النفس معنى ، وذلك استبقاء النفس صورة ومعنى .
والثاني - أن الملك ثمة يوصله إلى الاستبقاء في الحال قطعاً أو ظاهراً ، وهنا يحتمل
أن يوصله ويحتمل أن لا يوصله .

ولن سلطنا أن قضية الدليل ما ذكرتم ، لكن كونه إضراراً بالملك يمنع ولاية التملك
ولن سلطنا أن الأب بسبيل من التملك - لكن^(١) لم قلم بأنه تملك ؟ .
قوله : استولى عليها وأثبت يده عليها - قلنا : هذا باطل ، بما إذا وطئها ولم
يُثَبِّتْهَا^(٢) ، فإنه لا يملكها ، مع ما ذكرتم .
ولن سلطنا أن الملك ثبت قبل الوطء ، لكن مطلقاً أم ضرورة صحة الاستيلاء ودفع
حاجة الاستبقاء ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن القول به ، لأنه ما ثبت بسبب موضوع
له شرعاً . والثاني - م^(٣) - لكن^(٤) الثابت بالضرورة ، لا يظهر فيما عدا الضرورة
ووجوب المقر أمر ورد للضرورة ، فلا يظهر في حقه .
الجواب :

قوله : لم قلم بأن الأب بسبيل من تملك طعام الابن عند الحاجة إلى الأكل ، بل هو
مباح تناول - قلنا الدلالة على ذلك أن النسي ^{عَلَيْهِ} جعل الأب بسبيل من تناول طعام
الابن على الإطلاق لقوله عليه السلام : « كلوا من أكساب أولادكم » : ولا يثبت كونه
بسبيل من ذلك إلا بالتملك .

- (١) « لكن » غير واضح منها غير التوهم . وقد استكبلناها من العبارات السابقة المماثلة .
(٢) غلبت الأنثى بالجنين - المعجم الوسيط . وغلبت المرأة حبلت - مختار الصحاح .
(٣) م) عند المؤلف : ولن سلطنا - كما بينا أول الكتاب ص ٢ .
(٤) في الأصل كلا : « لكنى » .

قوله : إن كان بسبيل من التملك ثمة ، لم يكن بسبيل من التملك ههنا - قلنا : لأن المعنى يجمعهما ، وهى الحاجة .

قوله : لم قلتم بأن تلك الحاجة مثل هذه الحاجة ؟ - قلنا : هذه الحاجة من جنس تلك الحاجة ، وهى مثلها فى التأثير^(١) ، وإنه مناسب ، وقد وجد هنا أصل الحاجة وإن لم يوجد وصفها .

قوله : إنه إضرار بالمالك - قلنا : ليس فى التملك ضرر بالابن ، لأنه مقابل بالقيمة وينفع^(٢) المجازاة .

قوله : لم قلتم / بأنه تملكها - قلنا : لما ذكرنا . ٢/١٤٤

قوله : هذا باطل بما إذا وطئها ولم يعلقها - قلنا : ليس كذلك ، فإن الإقدام على الوطء ثمة دلالة التملك أيضا ، لكنه لم يثبت الملك ، لأن الشرع لم يجعله بسبيل من التملك فى هذه الحالة ، لعدم الحاجة .

قوله : الملك يثبت مطلقا أم ضرورة ؟ - قلنا : لا حاجة إلى ذلك ، بل نقول : ثبت الملك بالدليل ، على ما ذكرنا . على أننا نقول : الملك إن ثبت ضرورة ، لكن الثابت بالضرورة يظهر فيما هو من ضرورات تلك الضرورة ونفى العقر من ضرورات الملك .

والله أعلم .

(١) فى الأصل كنا : « فى البصر » .

(٢) فى الأصل كنا : « وينفع » .

١٦٧ — [مسألة] : دين الصحة مقدم على دين المرض . وعنده : لا يقدم ، بل
غريم المرض أسوة لغريم الصحة^(١) .

وصورة المسألة - إذا كان عليه دين في الصحة ، فمرض مرض الموت ، ثم أقر لغريم
آخر بدين .

والوجه فيه - أن حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت ، فلا يصح إقراره
لغريم آخر ، فيما يرجع إلى غرماء الصحة ، قياساً على المرتب مع سائر الغرماء .

وإنما قلنا ذلك - لأن المعنى من ذلك أنه ثبت في المحل أمر شرعى يقتضى كونه
أخص باستيفاء الدين ، لأننا أجمعنا على أنه لو تبرع^(٢) في مرض موته لا يقع لازماً ،
حتى يثبت لغرماء الصحة ولاية نقض تبرعه^(٣) . فلو لم يتعلق حقهم بهذا المال ، كان
المريض بسبيل من صرفه إلى غيره .

وإذا كان كذلك ، يكون في نصحيح إقراره إضرار بالغرماء .

فإن قيل : قولكم بأن حق غرماء الصحة [تعلق] بمال المريض مرض الموت -
قلنا : لا نسلم .

وأما ما ذكر من الحكم - قلنا : لا نسلم بأن نقض التبرع^(٤) لحق الغرماء . ولا
نسلم بأن لهم ولاية نقض تبرعه^(٥) ، بل لهم أن يرفعوا الأمر إلى القاضى حتى ينقض
القاضى ، وولاية النقض إلى القاضى إنما كان دفعا للضرر عن المريض لا عن الغرماء ،
كحجر الصبي والسفيه ، كى لا يأتى المريض بالمطل .

(١) قال في التحفة ، ٣ : ٣٣٤ : « .. لكن دين الصحة مقدم على دين المرض الثابت
بإقراره ، أما إذا ثبت بالبينة ، أو بمشاهدة القاضى فهما سواء »
(٢ - ٥) في الأصل كنا : « لو شرع .. شرعه .. الشرع .. شرعه » وسيأتى في
الحوادث : « .. تبرعه .. تبرعه .. » .

ولئن سلمنا أن حق غرماء الصحة [تعلق] بكل مال المريض ، لكن / بشرط عدم ١/١٤٥
تعلق [حق] الغير به أم بدون هذا الشرط ؟ م ع . ولا يمكن دعواه لأن تعلق حق الغير
يمنع تعلق حقهم ، وهنا قد تعلق حق غريم المريض ^(١) ، بدليل إخباره في مثل هذه الحالة .
ولئن سلمنا أن حق غرماء الصحة تعلق بملكه ، والإقرار يؤدي إلى إبطال حقهم ،
لكن قصدا أم ضمنا ؟ ع م - فلا يمنع عنه ، لما عرف .

ولئن سلمنا أنه إبطال قصدا ، ولكن أثره في التحريم أو في منع ترتيب الحكم عليه ؟
م ع - وبما أنه ما مر في مسألة طلاق الفار ^(٢) .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أنه لو أقر لغريم في أول المرض ثم لغريم آخر بعد ذلك ، يصح ، وإن تعلق
حق الأول ^(٣) به .

ومنها - دين الاستهلاك ^(٤) في المرض يتعلق بملكه .

ومنها - إذا تزوج أربع نسوة في مرضه ، يصح ، ويجب مهرهن .

ومنها - لو أقر في مرضه ولم يكن عليه دين الصحة ، يصح ، وإن [كان] فيه
إبطال حق الورثة .

ومنها - إذا أقر بوأرت آخر ، يصح ، وإن كان في هذا كله إبطال حق الوأرت والغريم .
الجواب :

قوله : لم قلم بأن للغرماء ولاية نقض تبرعه ؟ قلنا : لا نعى بولاية النقض سوى أن

(١) في الأصل كنا « المرض » مع اشتباك الرأى في الضاد .

(٢) راجع في كتاب الطلاق (ص ١٠٠ وما بعدها) للمسألة ٥١ ص ١٢٣ - ١٢٦ .

(٣) في الأصل : « الأول » أو « للأول » .

(٤) لعل المراد : استهلاك الأمانات - انظر م ١٥٩٨ من مجلة الأحكام العدلية . وشرح المجلة

لسليم باز ص ٨٩٠ - ٨٩١ . أو ضمان الإلتلاف .

لهم أن يرفعوا الأمر [إلى] القاضى ويطالبوه بالنقض . وإذا فعلوا ذلك ، يجب على القاضى نقض تبرعه . وإذا امتنعوا عنه ، لا يجب . فثبت بهذا أن نقض التبرع لحقهم ، لأنه يثبت بطلبهم ويسقط بتركهم .

قوله : ولاية نقض القاضى إنما كان دفعا للضرر عن المريض - قلنا : ليس كذلك ، لأن المريض التزم الضرر ورضى ، وهو من أهل الالتزام ، فلا يجوز نقض تصرفه ، بخلاف الصبى والسفيه ، فإنه لم يوجد فيهما أهلية الالتزام .

قوله : حق غرماء الصحة تعلق بملكه - [هل] بشرط عدم تعلق حق الغرماء [أم] (١) لا بهذا الشرط - قلنا : هذا من باب المعارضة .

قوله : تعلق به حق غريم المرض - قلنا : لا نسلم .

٢/١٤٥ وأما إخباره - قلنا : هو وإن كان صادقا في إخباره لكن هذا الكلام إقرار / فيما بينه وبين المقر له ، وإنه دعوى في حق غرماء الصحة ، والمُدعى لا يقبل إلا بيينة ، ولم توجد هنا ، حتى لو [و] جد يظهر حقه .

قوله : إبطال حقهم حصل قصدا أم ضمنا ؟ - قلنا : سواء حصل قصدا أو ضمنا ، لا يجوز إبطال حق الإنسان ، خصوصا إذا أمكن تنفيذ تصرفه بدون إبطال حقهم ، بأن يثبت في ذمته ، فلا ضرورة إلى إبطال حقهم ضمنا .

قوله : أثر هذا في التحريم أم في منع ترتب الحكم عليه ؟ - قلنا : في الحجر ومنع ترتب الحكم - على ما مر في طلاق الفار .

وأما الأحكام :

أما الإقراران في المرض إنما نفذا ، لأن زمان المرض جعل كحالة (٢) واحدة ، في كونها جامعة للأقارب ، كمجلس الثلاثة .

(١) راجع هذا القول فيما تقدم فيه : « أم بدون هذا الشرط ؟ » ص ٤٠٩ من ٢ .

(٢) في الأصل : « لحالة » .

وأما دين الاستهلاك إنما يساوى دين الصحة ، لأنه ثبت بسبب مطلق ، وهو الاستهلاك ، وإنه لا يقبل التخصيص - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا تزوج بأربع نسوة - إنما صح لأن هذا من الحوائج الأصلية وتحقيق مقاصد النكاح .

وأما إذا أقر وليس عليه دين - إنما ينفذ فيما زاد على الثلث ، بشرط أن يكون المال فاضلا عن حاجة الميت .

وأما إذا أقر بوارث - فلأنه إقرار بالنسب ، وهو من الحوائج الأصلية ، وهو مانع ثبوت حق الوارث .

١٦٨ - مسألة : المريض مرض الموت إذا أقر لبعض ورثته لا يصح ، إلا بتصديق الباقيين .

والوجه فيه - أن مال المريض مرض الموت صار ملكاً للورثة من وجه فيما بينهم ، فلا يظهر^(١) إقرار البعض في حق الباقيين إلا بتصديقهم ورضاهم ، قياساً على ما إذا تبرع لبعض الورثة في حال المرض .

وإنما قلنا ذلك : إن ماله صار ملكاً للورثة من وجه - بالحكم والمعقول :
أما الحكم - [فقد] أجمعنا على أن تبرعه لبعض الورثة لا يقع لازماً .

وأما المعقول - وهو أن حال مرض الموت ، حال استثناء المورث عن ماله في حق بعض التصرفات والمصالح ، وذلك يقتضى ثبوت الملك من ذلك الوجه لورثته الذين هم أقرب الناس إليه .

٦. فإن قيل : قولكم بأن مال المريض / صار ملكاً للورثة - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، بدليل حل الوطء ونفاذ البيع ، وكونه مملوكاً له يناق كونه مملوكاً لغيره .

(١) في التحفة ، ٣ : ٣٣٥ : « فلا يصح »

وأما نقض التبرع - قلنا : الإقرار للورث أمر وراء التبرع ، فلا يشكل .
وأما قوله - بأن المرض حال استغناء المورث - قلنا : لا نسلم : بل حال زيادة الحاجة ، لأنه يحتاج إلى تنفيذ الوصايا وقضاء الديون وتدارك الفوات^(١) والأدوية للعلاج وغيرها .
ولئن سلمنا أن مرض الموت يوجب^(٢) ثبوت ملك الورثة في حاله ، لكن بشرط عدم الدين . وهنا الدين ثابت بإقراره ، والدين مقدم على الميراث .
ولئن سلمنا أن ماله صار للورثة ، ولكن إقراره بإضرار حصل ضمناً في حقهم ، فلا يبالى به .
ولئن سلمنا أنه إبطال حقهم ، لكن أثره في التحريم لا في منع ترتب الحكم عليه .
والدليل على صحة ما ذكرنا الأحكام التي ذكرناها في المسألة المتقدمة .

الجواب :

قوله بأن ملك المورث قائم من كل وجه - قلنا : [هذا] في حق حكم يرجع إلى المريض والأجانب - أما في حق حكم يرجع إلى الورثة فلا .
وما ذكر من الأحكام راجع إلى المريض والأجانب ، لا إلى الورثة .
قوله : الإقرار للورث أمر وراء التبرع - قلنا : ولاية نقض التبرع دليل ثبوت الملك للورثة فيما بينهم ، على ما مر .
وأما ما ذكر من حاجات المريض - قلنا : المانع من ثبوت ملك الورثة فيما بينهم حاجة مخصوصة ، وهي حاجة بقاء المورث لا غيرها من الحاجات .
قوله : الدين ثبت بإقراره ، والدين مقدم على الميراث - قلنا : الجواب عنه ما مر في المسألة المتقدمة .

وأما السؤال الثالث والرابع والأحكام - فأجوبتها مرت في المسألة المتقدمة .

(١) فأت الأمر فوتاً وفواتاً مضى وقته ولم يفعل - المعجم الوسيط .

(٢) « يوجب » غير ظاهرة كلها في الأصل .

كتاب الوكالة

١٦٩ - مسألة : الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في مجلس القضاء ، ينفذ إقراره . ولو أقر في غير مجلس القضاء ، لا ينفذ .

والوجه فيه - أن الوكيل أتى بما وكل به ، فوجب أن ينفذ على الموكل ، قياسا على ما إذا أنكر .

وإنما قلنا ذلك - لأن الموكل وكله بجواب الخصومة / مطلقا ، والإقرار جواب ٢/١٤٦ الخصومة ، فيجوز عليه .

وإنما قلنا إنه وكله بجواب ، لأن المصريح به في التوكيل إن كان هو الخصومة ، ولكنه أراد به جواب الخصومة ، لأن الخصومة جاز أن تجعل مجازا عن الجواب المطلق ، لأن الخصومة سبب للجواب ، وذلك طريق مصحح للمجاز ، وقد دل الدليل على إرادة المجاز ، وهو قصد تصحيح التصرف ، لأن على تقرير أن يكون كاذبا في الإنكار ، لا يصح توكيله ، فيكون مطلق الجواب مملوكا له .

فإن قيل : قولكم بأنه أتى بما وكل به - قلنا : لا نسلم ، وبطلانه ظاهر ، لأنه وكله بالخصومة وقد أتى بالإقرار ، والخصومة منازعة ومشاجرة ، والإقرار مساعدة ومسألة ، وبينهما تضاد - دل عليه أنه لو صالح لا يصح .

قوله : الخصومة جاز أن تجعل مجازا عن الجواب ، وسبب المجاز موجود ، فالاعتراضات عليه ما مر في مسألة النكاح بلفظة الحب^(١) .

ثم نقول : إنكم قصرتم في التعليل ، لأنكم عدلتم عن الحقيقة إلى المجاز ، تصحيحا للتصرف قطعا ، ثم اكتفيت بتصحيح التصرف ظاهرا - بيانه أنكم جعلتم هذا توكيلا بالجواب : الجواب المطلق ، والجواب المطلق^(٢) أما الإقرار أو الإنكار ، وبأيهما أتى

(١) راجع فيما تقدم المسألة ٣٨ ص ٨٩ - ٩٢ من كتاب الكاح (ص ٤٦ - ٩٩) .

(٢) كنا في الأصل .

الوكيل فقد أتى بما هو المملوك له ظاهرا لا قطعاً ، فكان فيه تصحيح التصرف ظاهرا لا قطعاً .

ثم نقول كما أن تصحيح تصرفه أصل ، فالحقيقة في الكلام أيضا أصل ، فتعارض الأصلان .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - إذا أقر في غير مجلس القضاء ، لا يصح . وإذا وكله بالإنكار فأقر ، لا يصح . ولو وكله بالخصومة في حد القذف والقصاص فأقر ، لا يصح .

الجواب :

قوله : وكله بالخصومة ، والخصومة مخالفة ، والإقرار موافقة - قلنا : هذا إما يلزمنا أن لو جعلنا التوكيل بالخصومة توكيلا بالإقرار بطريق الحقيقة / ، ونحن نجعل اسم الخصومة مجازا عن الجواب ، لوجود طريقه ، بخلاف ما إذا صالح الوكيل ، لأنه لا يمكن جعل الخصومة مجازا عن الصلح لعدم السبب . ١/١٤٧

قوله : بأنكم ناقضتم في الكلام - قلنا : ليس كذلك ، لأننا إما صرنا إلى المجاز لتصحيح تصرف الموكل على التفسير الذي ذكرنا ، وتصرف الموكل صحيح قطعاً ، وتصرف الوكيل يجب تصحيحه قطعاً أيضا إن أمكن ، وإلا فظاهرا ، وهنا لا يمكن قطعاً ، فيصح ظاهرا :

قوله : بأن الحقيقة في الكلام أصل - قلنا : بلى ، ولكن على وجه لو عدل عنه إلى المجاز لا يأثم ، وفي الإتيان بغير المملوك يأثم .

وأما إذا أقر في غير مجلس القضاء فممنوعة [مسأله] .

وكذلك المسألة الثانية ، ممنوعة .

وأما التوكيل بالحدود والقصاص ، فلأن الحدود تندريء بالشبهات -- أما ههنا بخلافه .

١٧٠ - مسألة : التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازما .

والوجه فيه - أن التوكيل تصرف في حق الغير على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر بذلك الغير ، فوجب أن لا يلزمه إلا برضاه ، قياسا على بيع عين من أعيان ماله .
وإنما قلنا ذلك - لأن التوكيل نقل الجواب المستحق على الموكل حقا للمدعى ، بلسانه ، إلى لسان الوكيل ، وفيه احتمال الضرر بالخصم .

وإنما قلنا إن التوكيل نقل الجواب - لأن القاضى يجبره على الجواب ، ولو لم يكن واجبا لما أجبره ، فكان مستحقا عليه ، وإنه حق المدعى ، بدليل أنه يطلب بطلبه ويترك بتركه ، وهو الذى يتفتح به .

وإنما قلنا إن فيه احتمال الضرر - لأن الناس يتفاوتون في الخصومات وأجوبتها ، فيحتمل أن يكون الوكيل مختصا بزيادة اشتداد في الخصومة فيتضرر .

فإن قيل : قولكم بأن التوكيل نقل الجواب إلى لسان الوكيل ، وهو حق المدعى - قلنا : لا نسلم بأنه حقه . والدليل على أنه ليس حقه ، أن (١) ، الجواب إما أن يكون إقرارا أو / إنكارا - لا جائز أن يكون الإقرار حقه (٢) [لأنه] لا يجبر على الإقرار ٢/١٤٧ بالإجماع . ولا جائز أن يكون الإنكار حقه لأنه إضرار به .

ولئن سلمنا أن الجواب حق المدعى ، ولكن بلسان المدعى عليه على التعيين (٣) ممنوع ، بل بمطلق اللسان ، كالحياط إذا استعان بغوى ، يجوز .

ولئن سلمنا أن الجواب حقه ، ولكن لا نسلم بأن التوكيل نقل الجواب ، إذ لو كان نقلا لما بقى في لسان الموكل ، وإنه يبقى ، حتى لو أجاب بنفسه يصح .

ولئن سلمنا أن التوكيل تصرف في حق المدعى ، لم لا يلزم بغير رضاه ؟ .

(١) في الأصل : « لأن » .

(٢) انظر العبارة التالية .

(٣) في الأصل يبدو : « على التعيين » . انظر فيما على الخامس ٢ ص ٤١٦ .

قوله : لا يعرى عن احتمال الضرر ، بسبب (١) شدة الخصومة - قلنا : لم قلم بأن هذا الضرر واجب الدفع ، بل لا يجب دفعه ، لأن الخصم يمكنه أن يعارضه بشدة الخصومة ، وصار هذا كما إذا كان الموكل مريضاً أو مسافراً أو امرأة مخدرة ، فإنه يصح التوكيل بغير رضا الخصم .
ثم التعليل معارض بما روى أن علياً كرم الله وجهه وكل أخاه عقيلاً بخصومات من غير رضا الخصوم .
الجواب :

قوله : الجواب إما أن يكون إقراراً أو إنكاراً ، وكل ذلك ليس بحقه - قلنا : نحن لا ندعى بأن حقه الإقرار أو الإنكار ، بل ندعى أن المستحق له الجواب ، لأن به يتوصل إلى حقه ، سواء كان صدقاً أو كذباً .

قوله : بأن الجواب حقه ، ولكن بمطلق اللسان - قلنا : لا نسلم ، بل بلسانه على التمين (٢) ، بدليل أن قبل التوكيل . لو أجاب غيره عنه ، لم يعتبر ، فيكون التوكيل نقل الجواب من لسانه إلى لسان غيره ، وإنه ضرر به ، فلا يجوز ، لأن الناس يتفاوتون فيه ، بخلاف الخياطة فإنهم لا يتفاوتون ، حتى لو وجد التفاوت كان له أن يمنع .

قوله : لم قلم بأن التوكيل نقل الجواب - قلنا : لا نعنى بالنقل إلا أنه لا ينفي الاستحقاق والمطالبة بجواب المدعى عليه بلسانه عينا .
قوله : لم لا يلزمه - قلنا : لأنه ضرر .

قوله : لم قلم بأنه واجب الدفع - قلنا : لأن كل ضرر واجب الدفع ، إلا إذا كان ضرورة ولا / ضرورة في تحمله عن الوكيل . ١/١٤٨

وأما المريض والمسافر والمخدرة - فإنما يلزم توكيلهم ، لأن في إحضارهم ضرراً - أما هنا بخلافه .

وأما حديث على فمحتمل : يحتمل أنه كان يرضى الخصوم ، ويحتمل أنه كان يغير رضاهم ، فلا يثبت بالشك .

(١) في الأصل قد تكون : « لسبب » .

(٢) في الأصل كأنها « على التمين » راجع فيما تقدم الماشي ٣ ص ٤١٥ .

١٧١ — مسألة : [الكفالة] بنفس من عليه الدين والأعيان المضمونة ، نحو الغصب والمستعار يصح . وعنده لا يصح بالنفس قولاً واحداً ، وله في العين قولان . والوجه فيه - أن ركن الكفالة قد وجد^(١) ، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه ، وقد وجد المعنى الداعي إلى تصحيحه ، فوجب أن يصح ، قياساً على الكفالة بالدين . أما الركن - فلأن المعنى من الركن قوله : « كفلت » أو « ضمنت » وقد وجد . وإنما قلنا : إنه أمكن تحقيق معنى الكفالة - لأن معنى الكفالة الانضمام بين ذمة الكفيل وبين ذمة الأصل حكماً في الإيجاب . وتسليم النفس واجب على الأصل ، لأنه يأثم بتركه ويجبر عليه .

وإنما قلنا : إنه وجد المعنى الداعي إلى تصحيحه - لأن المعنى الداعي إلى تصحيحه حاجة المكفول له ، لأنه ربما يعجز عن استيفاء حقه من الأصل ، فيحتاج إلى الاستيثاق بالكفيل ، فوجب القول بصحة الكفالة .

فإن قيل : لا نسلم بأنه أمكن تحقيق معنى الكفالة .

قوله : معنى الكفالة الانضمام بين الذمتين حكماً - قلنا : نعم ، ولكن لم قلتم بأنه أمكن هنا ، وهذا لأن انضمام الذمتين حكماً إنما يكون بإثبات شيء واحد منهما ، ليصير الشيء واحداً^(٢) . وهذا يتحقق في الدين ، لأنه وصف شرعي في الذمة ، أما العين فلا .

ولئن سلمنا أنه يمكن تحقيقه ، لكن لم قلتم بأنه يجب على الكفيل هنا عين ما كان واجباً على الأصل ؟ .

(١) العبارة خطها غير واضح - انظر فيما بعد الصلاة

(٢) في الأصل : « واحد »

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢٧)

قوله : الواجب على الأصيل تسليم النفس - قلنا : لا نسلم ، فإنه يستحيل أن يكون بشخص واحد مسلماً ومسلماً .

ولئن سلمنا أن الواجب على الأصيل هو التسليم ولكن لغيره ، وهو الإتيان /
بالجواب الواجب ، وما وجب لغيره لا يتصور وجوبه على من لم يجب عليه ذلك العين . ٢/١٤٨

ولئن (١) سلمنا أن الواجب على الأصيل تسليم النفس - لكن بطريق الضرورة ،
والضرورة في حق الأصيل ، لا في حق الكفيل .

ولئن سلمنا أن تسليم النفس واجب ، ولكن حقاً للشرع للإتيان بالجواب ، والكفالة
لا تصح لحق الشرع ، كالكفالة في الحدود والقصاص .

ولئن سلمنا أنه أمكن تصحيح معنى الكفالة ، لكن لم قلّم بأنه يصح ؟ .

وأما ما ذكر من الحاجة - قلنا : إنما تندفع هذه الحاجة إذا كان الكفيل قادراً على
تسليم ما وجب عليه بحكم الكفالة ولم يقدر ، لأن المكفول به يدافعه ويمانعه .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أن الكفالة في الحدود والقصاص لا تصح ، والكفالة بنفس الشاهد لا
تصح . والكفالة بالحُمولة (٢) بأعيانها ، والكفالة بالدية ، وبذل الكتابة - لا تصح ،
وإن كان ما ذكرتم موجوداً في هذه الصور .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأنه أمكن تحقيق معنى الكفالة - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : الدين مال حكمي في الذمة ، أما الواجب ههنا [ف] فعل - قلنا عنه
جوابان :

(١) في الأصل : « ولكن » .

(٢) الحُمولة بالفتح الإبل التي تحمل . والحُمولة بالضم الأحمال . والحُمول بالضم بلا هاء الإبل
التي عليها المودج سواء كان فيها نساء أو لم يكن - مختار الصحاح .

أحدهما - أن الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة ، إلا أنه أجرى عليه بعض أحكام الأموال .

والثاني - إنما تحقق معنى الضم ثمة ، لا لكونه مالا ، لكن لأنه ثبت في ذمة الكفيل عين الثابت في ذمة الأصيل .

قوله : الشخص الواحد لا يكون مسلماً ومسلماً - قلنا : لا نسلم . وهذا باطل ، بالضرب والقتل والتحريك ، فإن من ضرب نفسه أو (١) قتل نفسه يكون الفاعل والمفعول واحداً - أو يقول : الواجب على الأصيل فعل يصور به حاضرا في المجلس ، فيجب على الكفيل ذلك .

قوله : تسليم النفس على الأصيل لغوي ، وهو الجواب . والواجب لغوي لا يجب على من لم يجب عليه ذلك الغير - قلنا : بطريق الأسئلة أم بطريق الكفالة ؟ ع م / - وهذا ١/١٤٩ لأن شرط الكفالة أن يكون الواجب على الكفيل لغرض مطلوب من الأصيل ، كما هنا . قوله : الواجب عليه تسليم النفس بطريق الضرورة - قلنا : لا نسلم ، بل هو ثبت بسبب شرعي ، فلا ضرورة .

قوله : وجب حقا للشرع ، فلا يجري فيه الكفالة - قلنا عنه جوابان : أحدهما - أنه حق للعبد ، لأنه يسقط بإسقاطه . والثاني - إن كان حقا للشرع ، ولكن تصح الكفالة به إذا أمكن تحقيق معنى الكفالة وقد أمكن ، لما ذكرنا ، والكفالة بالحدود تصح . ولئن كان لا يصح ، فلأنه يحال لدبره (٢) ، أما هنا بخلافه .

قوله : الحاجة إنما تندفع إذا كان الكفيل قادرا - قلنا : بلى ، والكفيل قادر ، لأن التسليم ليس إلا التخلية ورفع الموانع ، وهو قادر على ذلك ، والظاهر عدم المدافعة . وأما الكفالة في الحدود والقصاص - فالجواب عنه قد مر .

(١) في الأصل كأنها : « لو » .

(٢) في الأصل كذا : « لدبره » .

وأما الكفالة بنفس الشاهد - إنما لا يصح ، لأن تسليم النفس لا يجب على الشاهد ، فلا يجب على الكفيل .

والكفالة بالحمولة^(١) - إنما لا تصح ، لأن تسليم المنافع لم يجب الحال .

١٧٢ - مسألة : الكفالة بالدين عن ميت مفلس لا تصح ، خلافا لهم .

والوجه فيه - أن شرط الكفالة بالدين قيام الدين على الأصيل ، والدين ههنا غير قائم^(٢) على الأصيل ، فلا تصح الكفالة ، قياسا على الكفالة بالدين بعد الإبراء .

وإنما قلنا إن شرط الكفالة بالدين قيام الدين على الأصيل ، وذلك لأن الكفالة هي ضم الذمة إلى الذمة ، وذلك إنما يكون ببقاء الدين .

وإنما قلنا : إن^(٣) الدين هنا غير قائم على الأصيل ، لأن الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة ، أعنى فعل تمليك المال أو تسليم المال ، وشرط وجوبه القدرة عليه ، والميت المفلس غير قادر عليه ، فلا يبقى عليه الدين .

وإنما قلنا : إن الدين عبارة عن فعل واجب - لأنه يوصف بالوجوب ، فيقال دين واجب ، والوجوب صفة الأفعال دون / الأعيان ، لأن الواجب عبارة عما لو تركه بأثم . ٢/١٤٩
وذلك إنما يتصور في الأفعال ، فعلم أن الدين عبارة عن فعل واجب ، ولا فعل هنا يوصف بالوجوب سوى إيفاء المال ، بدليل أنه إذا أوفى المال لا يفيى الدين أصلا ..
وإنما قلنا : إن شرط وجوبه القدرة - لأن شرط وجوبه على العاقر ممتنع عقلا وشرعا^(٤) .

(١) راجع فيما تقدم الماش ٢ ص ٤١٨ .

(٢) في الأصل . « غير قيام » .. وسيأتى في العبارة التالية : « غير قائم » .

(٣) في الأصل : « إن الدين » .

(٤) في الأصل : « وشرط » .

وإنما قلنا إن الميت المفلس غير قادر ، لأن القدرة على الفعل إما أن تكون بنفسه أو بخلفه ، والميت لا يقدر بنفسه ولا بخلفه ، لأن خلفه هو الوارث ، وإنه يخلفه ويقوم مقامه في إيفاء الدين إذا ترك مالا^(١) ، لأن الوارث لا يؤمر بقضاء دين الميت من مال نفسه . فإذا مات مفلسا لا يكون خلفا عنه في ذلك ، فيكون عاجزا^(٢) ، فيسقط الدين ، فلا تصح الكفالة .

فإن قيل : قولكم بأن الدين عبارة عن فعل واجب - قلنا : لا نسلم بأن الدين عبارة عن الفعل ، بل هو عبارة عن المال المقدر في الذمة حكما .

قوله : إنه يوصف بالوجوب - قلنا : كما يوصف الفعل بالوجوب ، فالمال أيضا يوصف بالوجوب يقال : وجب على فلان ألف درهم .

ثم الدليل على أن الدين عبارة عن المال - الأحكام :

منها - جريان الإرث فيه ، وانعقاده نصا للزكاة ، وجواز الشراء به ، وجواز الهبة ممن عليه .

ولئن سلمنا أنه فعل ، ولكنه ملحق بالمال ، فيكون له حكم المال ، فلا يسقط .

ولئن [سلمنا] أنه فعل مطلقا - لكن لم قلّم بأنه يسقط بالموت عن إفلاس ؟ .

قوله : بأن القدرة قد فانت - قلنا قطعاً أم [مؤقتاً]^(٣) للاحتيال ؟ ع م - وهذا لأنه^(٤) .

يحتمل أن يظهر له مال أو يتبرع عنه إنسان بقضاء دينه ، والوجوب كان ثابتاً

بيقين ،^(٥) فلا يسقط بالاحتيال

(١) في الأصل : « ما » فقط

(٢) في الأصل : « عاجز »

(٣) كلمة غير ظاهرة وتشبه « بقاء » أو « إبقاء » - انظر العبارة التالية . وسيأتي في الجواب : « قطعاً أم مع الاحتيال » . وانظر العبارة التالية ففيها معنى التوقيت ومعروف أن « المطلق » يقابله « المقيد » ولكن المقيد بوقت يكون « مؤقتاً »

(٤) في الأصل كنا : لئله »

(٥) في الأصل كنا : « يقين »

ولئن سلمنا أن العجز ثبت مطلقا : لكن هذا يوجب سقوط الدين في حق المطالبة بالإيفاء أم في حق أحكام آخر . الأول - مسلم . وعندنا لا يطالب بالإيفاء . والثاني - ممنوع ، لأنه سقط ضرورة العجز ، فيسقط في حق / الإيفاء لا في حق أحكام آخر . والكفالة من أحكام آخر . ١/١٥٠

ولئن سلمنا أن الدين يسقط ، ولكن في حق أحكام الدنيا أم في أحكام الآخرة - الأول - م ع ، وهذا لأن قيام الدين في حق أحكام الآخرة لا يفتقر إلى القدرة . ولئن سلمنا أنه سقط ، ولكن مؤقتا إلى ظهور الكفيل ، فإذا ظهر الكفيل لم يقع العجز .

ولئن سلمنا أن الدين يسقط مطلقا لكن لم قلتم بأنه لا يعود إلى الدمة بعد الكفالة ؟ .

ولئن سلمنا أنه سقط ، ولكن سببه قائم ، وهو المبايعة أو غيرها ، وهذا يكفى لصحة الكفالة .

ثم الدليل على أن الدين قائم بعد الموت عن إفلاس - أنا أجمعنا على أنه لو تبرع إنسان بقضاء دينه يصح . ولو كان له كفيل حالة الحياة ، لا يسقط الدين ، وإن مات مفلسا .

ثم التعليل معارض بما روى عن رسول الله ﷺ أنه أتى بجنادة فقال عليه السلام : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم يا رسول الله . درهمان أو ديناران ، فامتنع النبي ﷺ عن الصلاة عليه فقام على بن أبي طالب أو أبو قتادة وقال : ما علىّ يا رسول الله ، فصل النبي ﷺ عليه (١) ، وصحح الكفالة ولم يبال أنه مات مفلسا .

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٧٣٧ و ٧٣٨ ص ١٣٣ وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٢٥ و

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الدين عبارة عن الفعل - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : كما يوصف الفعل بالوجوب ، يوصف المال بالوجوب - قلنا : بلى ، ولكن الفعل يوصف به بطريق الحقيقة ، والمال يوصف بالوجوب مجازا ، بدليل أن الفعل المجرد عن المال يوصف بالوجوب كالصوم والصلاة ، والمال المجرد عن الفعل لا يوصف بالوجوب - لا يقال : جدار واجب وعمار واجب ، ثبت أن الدين عبارة عن الفعل الواجب ، إلا أن الشرع أجرى عليه أحكام الأموال لكونه وسيلة إلى المال .

قوله : بأن الدين فعل ملحق بالأموال / قلنا : بلى ، ولكن الملحق بالمال إنما يبقى إذا تصور بقاؤه ولم يتصور على [ما] مر .

قوله : القدرة فانت قطعا أم مع الاحتمال ؟ قلنا : قطعا في الحال ، لتحقيق العجز في الحال قطعا .

وما ذكره من الاحتمالات مجرد وهم - لا أمانة عليه ، فلا يعتبر .

قوله : العجز يوجب السقوط في حق المطالبة أم في حق حكم آخر ؟ - قلنا : في حق جميع الأحكام ، لأنه إنما يبقى في حكم ما إن لو تصور بقاؤه في ذاته ، ولم يتصور .

قوله : سقط في حق أحكام الدنيا أم في حق أحكام الآخرة ؟ قلنا : فيهما جميعا ، لعدم القدرة .

ولئن سلمنا أنه باق في حق أحكام الآخرة ، ولكن الكفالة في حق أحكام الآخرة لا يصح .

قوله : سقط مؤقتا إلى غاية الظهور - قلنا : بل سقط مطلقا ، لأنه لا يقبل التأقيت . ولهذا لو أراه إلى سنة لا يصح ، ولأن السقوط هو العجز ، وإنه قائم ، ويظهر الكفيل لا يرتفع العجز ، لأنه ليس خلقا عنه ، لعدم صحة الكفالة .

وبه خرج الجواب عن سؤال المود .

قوله : سبب الدين باق - قلنا : هذه كفالة بالدين ، لا بسبب الدين ، لأن السبب لم يجب .

وأما إذا تبرع عنه غيره - قلنا : لا نسلم بأن هذا تبرع بقضاء الدين ، إلا أنه يحرم عليه الرجوع لحصول مقصوده .

وأما إذا مات وبه كفيل ، فلم يتحقق العجز ، لأنه كفيله خلفه كالوارث - أما هنا بخلافه .

وأما الحديث - قلنا : إن ذلك لم يكن كفالة ، لأن المكفول به كان مجهولاً ، والمكفول له لم يكن حاضراً فكان عِدَّةً . والثاني : إن كان كفالة ، لكنه يحتمل أنه مات ملياً - على أننا نقول بأنه منسوخ بما روى الزهري أن رسول الله ﷺ كان لا يصل على من مات وعليه دين . ثم قال : « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم » - من ترك ديننا فعلينا قضاؤه » (٢) ثم صلى / عليهم بعد ، والاحتجاج بالنسوخ لا يصح . ١/١٥١

(١) وَغَدَهُ الْأَمْرَ رَوَعَهُ بِهِ وَغَدَا وَجِدَةً وَمَوْعِدًا وَمَوْعِدَةً وَمَوْعِدًا مَتَاهُ بِهِ . وَرَوَعَهُ فَلَانًا كَانَ أَكْثَرَ جِدَّةٍ مِنْهُ - المعجم الوسيط .

(٢) بلوغ الرام ، رقم ٧٢٨ ص ١٣٣ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ٨٢٦ ص ٨٩٠ .

كتاب الحوالة

١٧٣ — [مسألة] : المحتال عليه إذا مات مفلسا ، يثبت للمحتال له ولاية مطالبة المحيل بقضاء دينه . وعنده : لا يثبت^(١) .

وعلى هذا الخلاف : إذا جحد المحتال عليه الحوالة ، وحلف ، ولم يكن للمحتال له بينة .

واختلفت عبارات المشايخ في دعوى الدين والإعادة :

قال بعضهم : تنفسخ الحوالة ويعود الدين ، كالمبيع إذا هلك قبل القبض .

وقال بعضهم : تنفسخ الحوالة ويعاد ، كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا .

وقال بعضهم : في الموت تنفسخ ، وفي الجحود تنفسخ .

فاختزننا الكلام في ولاية مطالبة المحيل بقضاء الدين ، لأنه الحاصل من الخلاف .

• والوجه فيه — أن الحوالة عقد قابل للنقض والفسخ ، وقد فات غرض العاقد ومقصود من عقد الحوالة ، فثبت له ولاية مطالبة [المحيل^(٢)] قضاء دينه ، إما بالعود أو بالإعادة ، قياسا على المشتري إذا وجد بالمبيع عيبا .

ولما قلنا : إن الحوالة عقد قابل للفسخ — لأننا أجمعنا على أنها لو تفاسخا تنفسخ . فلو لم يمكن قابلا ، لما انفسخ .

(١) انظر : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ٤١٤ - ٤١٥ فقيه : « وعلى قول الشافعي لا يعود الدين إلى المحيل أبدا والمسألة معروفة » ومقالنا : الحوالة في الفقه الإسلامي . الباب الأول في المنع والجنى - والباب الثاني - الحوالة في المذاهب الثلاثة : المالكي والشافعي والحنبلي المنشور في حوالة كلية الشريعة بجامعة قطر - الباب الأول - في العدد الرابع ١٤٠٥ - ١٩٨٥ م ص ٤٥١ - ٥٤٠ . والباب الثاني - في العدد السادس ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م ص ٢٦٣ - ٣٠٤ .

(٢) في الأصل كلمة غير واضحة تشبه « إذا » . ونظر ما سأتى .

وإنما قلنا : إنه قد فات غرض العاقد ومقصوده من الحوالة - فلأن غرضه حصول الدين من ذمة المختال عليه ووصوله إليه ، لأنه يصرح به ، والظاهر من حاله الصدق ، وموت المختال عليه مفلسا ، فات رجاء الوصول إليه ، ففات غرضه ، فلو لم يثبت له حق المطالبة ، لفات حقه ، وذلك ضرر .

فإن قيل : قولكم بأن الحوالة عقد قابل للفسخ - قلنا : لا نسلم . وأما التفاسخ فذاك^(١) لا يدل على قبوله الفسخ بدون التراضي .
ثم نقول : الحوالة قبض^(٢) ، فلا تقبل الفسخ .

٢/١٥١ . ولئن سلمنا أن الحوالة قابلة / للفسخ - لم قلّم إنه فات غرضه ؟

قوله : بأن الغرض حصول الدين - قلنا : لا نسلم . ولئن سلمنا أن الغرض الوصول إلى الدين ، ولكن هذا الغرض ليس بحكم أصلي للعقد ، لأنه يتعلق باختياره ، بل هو من ثمرات العقد ، فلا يفسخ العقد بفواته . كما إذا اشترى عبدا ، فقبضه ، فهلك في الحال .

ولئن سلمنا أنه غرض أصلي وحكم أصلي ، ولكن لم قلّم بأن هذا الغرض فات قطعا ؟ بل احتمال الحصول قائم ، لاحتمال ظهور مال له ، فلم يقع اليأس .

ولئن سلمنا أنه فات غرضه ، لكن لم قلّم بأنه يثبت له حق مطالبة المحيل ؟ وبيان أنه لم يثبت ، لأنه حصل براءة ذمة المحيل بالإجماع بالحوالة ، حتى لو كان المحيل مكاتبا يعتق في الحال .

ولئن سلمنا أنه فات غرضه - ولكن لم قلّم بأنه يثبت له حق مطالبة المحيل ؟ .

قوله : لأن فوات حقه ضرر - قلنا : كما أن فوات حقه ضرر - فعود الدين أو إعادته إلى ذمة المحيل من غير التزامه بعد البراءة أيضا ضرر في حقه ، فوقع التعارض ، فلا بد من الترجيح .

(١) كذا قرأناها . انظر ما سبق (٢) كذا في الأصل : « قبض »

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الحوالة قابلة للفسخ ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : ذاك لا يدل على قبوله الفسخ بدون التراضي - قلنا : هذا إشارة إلى طريق الفسخ ، ونحن لا ندعى تعيين طريق الفسخ ، بل ندعى قبوله للفسخ بأى طريق كان .

قوله : بأن الحوالة قبض - قلنا : لا نسلم ؛ بل هى نقل الدين من الذمة إلى الذمة . وإذا تصور نقله من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه ، تصور نقله من ذمة المحتال عليه إلى ذمة المحيل .

قوله : لم فات غرضه ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : وصول الدين ليس بحكم أصلى - قلنا : بلى ، ولكن ليس من قبيل الأنياع أيضا ، بل هو المقصود الأصل من حكم العقد ، ففواته يوجب حق الرجوع ، بخلاف العبد إذا هلك ، لأن المقصود من ملك العبد التمكن / من الانتفاع ، ولما (١) قبض ، ١/١٥٢ حصل هذا الغرض ، إلا أنه لم يبق .

قوله : لم قلتم بأن هذا الغرض فات قطعا ؟ قلنا : لأنه إذا مات مفلسا فقد عجز عن قضاء الدين بنفسه وخلفه . وأما ما ذكر من الاحتمال ، فذاك خلاف الظاهر ، بل هو نادر ، فلا يعتبر .

قوله : إن فات الغرض لم يثبت له حق المطالبة ؟ قلنا : لما ذكرناه .

وأما البراءة - قلنا : البراءة الحاصلة (٢) بالحوالة ما وقعت لازمة ، بل مشروطة بخيار الإبطال عند فوات الغرض ، كما فى البيع .

وأما ما ذكر من معارضة الضرر بالضرر - قلنا : لا معارضة بين الضررين ، لأن ضرر المحيل هو عود الدين إلى ذمته بعد البراءة ، والدين كان فى ذمته ، وضرر المحتال له ضرر فوات حقه أصلا ، وإنه لم يكن قبل الحوالة ، فكان ضرا حادثا ، فكان أقوى ، فكان أولى بالدفع .

(١) فى الأصل تشبه : « وكأ » .

(٢) فى الأصل : « الحاصلة من » ويبدو أن « من » شطبت .

١٧٤ - [مسألة] : الصلح على الإنكار جائز .

والوجه فيه - أن دعوى المدعى بعد الصلح تعرى عن الفائدة المطلوبة بالدعوى ،
فوجب أن لا تسمع ، قياسا على الصلح بعد الإقرار .

وإنما قلنا ذلك - لأن الفائدة المطلوبة من الدعوى الوصول إلى المدعى ، والمدعى
ههنا لا يتوصل [إلى] المدعى ، لأنه لا يخلو : إما أن ينضم إلى هذه ^(١) الدعوى نوع
حجة ، كالبينة أو الإقرار أو النكول ، أو لا ينضم : فإن لم ينضم ، لا يتوصل إلى
المدعى ، لأن المدعى لا يذلل بمجرد الدعوى ، على ما نطق ^(٢) به الحديث ^(٣) . وإن
كان ينضم ، فكذلك ، لأنه يتبين أن الصلح كان إسقاطا لبعض حقه واستيفاء للباقي
إن كان الصلح على جنس حقه ، أو تمليكا بعوض إن كان على خلاف جنسه ، لأنه
يظهر بهذه الحجج أن المال ثابت ، ولفظ الصلح عند ^(٤) ثبوت المال إسقاط أو
تمليك .

٢/١٥٢ فإن قيل : لا نسلم بأن الدعوى بعد الصلح تعرى عن الفائدة /

قوله : على تقدير انضمام الحجج ، يتبين أن الحق كان ثابتا ، ويتبين أن الصلح كان
إسقاطا أو تمليكا - قلنا : لا نسلم أن على تقدير انضمام الحجج يتبين أن الحق كان

(١) في الأصل : « هذا » .

(٢) لعلها كذلك إذ في الأصل هي غير واضحة فهي كنا : « نطن » .

(٣) لعل المقصود : « عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي ﷺ قال : لو يُعطى الناس
بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البين على المدعى عليه » متفق عليه . وللبينى
بإسناد صحيح « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » بلوغ المرام ، رقم ١٢٠٩ ص ٢١٩ .

(٤) في الأصل : « عنه »

ثابتاً ، بل على تقدير بعض الحجج يثبت الحق في الحال ، ولا يتبين أنه كان ثابتاً - بيبانه : أن من الحجج النكول ، والنكول بذل في الحال ، فيثبت الحق به في الحال ، فلا يتبين أن الصلح كان إسقاطاً أو تمليكاً ، فكانت الدعوى مفيدة من هذا الوجه .

ولئن سلمنا أنه يتبين أنه كان إسقاطاً أو تمليكاً ، لكن إسقاط مطلقاً أو مشروطاً بشرط أن لا يقدر على الوصول إلى كل حقه بالحجج ؟ ع م - لكن إذا انقضت الحجج يتبين أنه انعدم الشرط فانعدم الرضا ، والصلح لا يصح بدون الرضا ، فيعود إلى أصل حقه ، وصار كما إذا صالح على الإقرار ثم استحق بدل الصلح ، فإنه يرجع إلى أصل حقه . وكذا الوصي إذا صالح على الإنكار ثم وجد البينة : له أن يقيم البينة ، وصار كالمالك : إذا أخذ الضمان عن الغاصب بقول الغاصب ، ثم ظهر أن الأمر ^(١) بخلاف ما قاله ، كان للمالك أن يسترد العين .

والدليل على صحة ما ذكرنا : المصالح ^(٢) بعد الحلف على الإنكار ، والمودع على المالك : إذا اختلفا في الاستهلاك والهلاك ، فاصطلحا على مال ، فإنه لا يجوز مع ما ذكرتم . وكذا [في] الصلح عن دعوى القصاص بعد الإنكار ، لا يجوز .
الجواب :

قوله : لم قلتم بأن الدعوى بعد الصلح تعرى عن هذه الفائدة ؟ قلنا : لما ذكرنا أن على تقدير انضمام الحجج إليه ، يتبين أن الصلح كان إسقاطاً أو تمليكاً .

قوله : على تقدير بعض الحجج ، وهو النكول ، يثبت الحق في الحال - قلنا : ليس كذلك ، فإن هذه الحجج ليست بمثبتة للحق ، بل هي مظهرة ومشتبهة / أن الحق كان ثابتاً .

قوله : النكول بذل - قلنا : لا نعني بالتمليك البذل والهبه ابتداء ، بل نعني به ترك المنازعة ، ليستحق المدعى بالسبب السابق ، وهو الدعوى .

(١) كلما يظهر في الأصل إذ حروف « أن الأمر » مشتبهة بعضها بعض .

(٢) كلما في نظرنا الأصح . وفي الأصل : « الصلح » - انظر العبارة المحطوبة وما ساقى .

قوله : الإسقاط والتخليك مطلق أم مشروط بشرط أن لا يقدر على الوصول إلى كل حقه ؟ قلنا : مطلق ، لأن اللفظ مطلق .

وأما إذا استحق بدل الصلح - قلنا : ثمة لم يسلم له العوض ، وهو بدل الصلح ، فلا ترمى الدعوى عن الفائدة ، فيرجع إلى أصل دعواه .

وأما صلح الوصي - قلنا : ثمة الدعوى مقيدة [] ، لأنها إذ أقام الحجة ، يظهر أن الإسقاط بهذا العوض لم يصح ، لأنه قرين مال اليتيم ، لا على الوجه الأحسن .

وأما فصل الفاضل - فقد عرف في المضمونات^(١) .

والصلح بعد الخلف ، والصلح مع المودع - ممنوع على هذه الطريقة .

والصلح عن دعوى القصاص على الإنكار ، يجوز - نص عليه في أول صلح الجامع الكبير .

والله أعلم .

(١) راجع فيما تقدم كتاب الفصص ، المسائل ١٠٤ - ١١٢ ، ص ٢٥٥ - ٢٧٠ .

كتاب الرهن

١٧٥ — مسألة : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين . وعنده^(١) .
أمانة .

وصورته : رهن عينا قيمته خمسة عشرة ، فهلك ، يسقط الخمسة ويرجع المرتن على الراهن بخمسة . ولو كان قيمة الرهن عشرة والدين خمسة ، فهلك ، يسقط الدين وتهلك الزيادة أمانة . وعنده : يهلك الكل أمانة ، ولا يسقط شيء من الدين^(٢) .

والوجه فيه — أن حكم الرهن ملك اليد والحبس لجهة استيفاء الدين ، فلا يبقى للمرتن حق المطالبة بدينه بعد هلاك المرهون ، قياسا على ما إذا استوفى الدين حقيقة ، ثم هلك المستوفى^(٣) .

وإنما قلنا ذلك — لأن الرهن ينشأ عن الحبس لفة ، نقلا واستعمالا / — قال الله ٢/١٥٣ تعالى : ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾^(٤) أى حبيسة .

وإنما قلنا : إنه شرع وثيقة بجهة استيفاء الدين ، لأن الرهن يصلح وثيقة ، والحاجة مست إلى التوثيق ، فيكون للتوثيق ، وتوثيق الاستيفاء من حيث الحقيقة إنما يحصل بالاستيفاء من حيث ملك اليد ، فكان ملك اليد والحبس ثابتا لجهة استيفاء الدين . وإذا كان كذلك ، وجب أن يسقط الدين بهلاكه ، لأنه متى صار مستوفيا لدينه من المرهون بدا ، لا يبقى له حق المطالبة بالإيفاء من حيث اليد مرة أخرى ، لأنه يؤدي إلى

(١ — ٣) أى الشافعى . انظر الكاسانى ، البدائع ، ٦ : ١٤٥ وما بعدها . والزيلعى ، تبين الحقائق ، ٦ : ٦٤ — ٦٥ . وكتابتنا ، مذكرات فى الفقه الحنفى ، ص ٢٥٤ — ٢٥٨ وكلنا عند المناهضة : الرهن أمانة — راجع ابن قدامة ، المغنى ، ٤ : ٤٤٢ وما بعدها وكتابتنا : أحكام المعاملات المالية فى المذهب الحنفى ، ص ٢٠٢ — ٢٠٣ .

(٤) المذخر : ٣٨ . والطور : ٢١ : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ .

ومعنى قوله عليه السلام : « لا يفلق الرهن » أنه ليس للمرتهن حق المنع وقت الفكاك . وقوله « له غنمه وعليه غرمه » أى له نفعه وعليه نفقته .

١٧٦ - مسألة : رهن المشاع لا يجوز ، سواء كان محتملا للقسمة أو غير محتمل لها - رهن من شريكه أو من أجنبي . وبعضهم قالوا : يبطل والصحيح أنه ينعقد بوصف الفساد .

والوجه فيه - أن هذا عقد لا يمكن توفير حكمه عليه ، على الوجه الذى اقتضاه ، ٢/١٥ : فوجب القضاء / بفساده ، قياسا على ما إذا قال : رهنك يوما ويوما لا

وإنما قلنا ذلك - لأن حكم الرهن ملك اليد والحبس على سبيل الدوام ، والمشاع لا يحتمل ذلك .

وإنما قلنا : إن حكم الرهن الحبس على الدوام ، لأننا أجمعنا على أنه لو قال : « رهنك يوما ويوما لا » لا يجوز ، والقائت هنا ليس إلا دوام الحبس

وإنما قلنا : إن المشاع لا يقبل الحبس على الدوام ، لأنه لا يخلو : إما أن يحبس الكل فى كل المدة أو يحبس الكل فى بعض المدة بطريق التهاؤ - لا وجه للأول ، لأنه إضرار بالراهن لشغله ملكه من غير رضاه . ولا وجه للثانى ، لأن التهاؤ يكون بطريق النيابة فى الجانبين أو بطريق المعاوضة ، والأصالة تأتى كل ذلك ، فلا يصح .

فإن قيل : [قلنا] : لا نسلم بأن التهاؤ بطريق النيابة أو المعاوضة غير ممكن . قوله : الأصالة تأتى ذلك - قلنا : لا نسلم بأن الرهن فى هذه الحالةبقى أصيلا فى حق الحبس .

وبيان الأصول^(١) مر فى مسألة إجارة المشاع^(٢)

(١) فى الأصل كذا : « الأصول » قال فى اللسان فى مادة « سول » : أصل السول مهموز عند العرب بدليل قوله تعالى : ﴿ قَالَ قَدْ أُوتِيتَ سُؤْلَكَ يَا مُوسَى ﴾ (طه : ٣٦) أى أعطيت أميتك التى سألتها . وقال آخرون من أهل اللغة إنها ولو فى الأصل وليس على بدل الهمز وحكى ابن جنى : سُؤْلٌ وَأُسُولَةٌ

(٢) راجع فيما تقدم المسألة رقم ١٥٣ ص ٣٦٥ - ٣٦٧ .

والدليل على أن المشاع قابل للرهن - أنه لا يجعل ذكر بعضه ذكرا للكل ، ولو لم يكن قابلا ، لكان إضافة الرهن إلى الشائع إضافة إلى الكل ، كما في الطلاق والعناق .

والدليل عليه - أن الشيوع الطارىء لا يوجب فساد الرهن .

ولو رهن عينا من رجلين - يجوز ، وهذا رهن المشاع . هـ

الجواب :

قد ذكرنا أن حبس المشاع بطريق التهاؤ غير ممكن ، لأن طريقه النيابة أو المعاوضة ، وقيام ملك الرقبة للراهن يمنع ذلك . وما ذكر من الأصول^(١) - فالجواب ما مر في مسألة إجارة المشاع^(٢) .

قوله : لم يجعل الإضافة إلى البعض إضافة / إلى الكل - قلنا : لأنه خلاف ١/١٥٥ الحقيقة ، إلا في الطلاق والعناق والصلح عن دم عمد ، لأن^(٣) ثبوت هذه الأحكام يوجب الحرمة ، والحرمة محتاط في إثباتها ، والرهن ليس من باب الحرمة .

وأما الشيوع الطارىء - [ف] ممنوع . وإن ثبت فلأن الطرء^(٤) لا يفسد ، كالجهاز الطارئة والإباق الطارىء .

وأما إذا رهن من رجلين - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - إن هذا ليس رهن النصف ، بل هو رهن الكل من كل واحد منهما . ولهذا لو قضى دين أحدهما يبقى الكل رهنا عند الآخر .

والثاني - إن كان رهن النصف ، ولكن كل واحد منهما يصلح نائباً عن الآخر ومعاوضاً - أما ههنا بخلافه .

(١) في الأصل كنا : « الأصول » - راجع فيما تقدم الماش ١ ص ٤٣٤ .

(٢) راجع فيما تقدم الماش ٢ ص ٤٣٤ .

(٣) في الأصل كنا : « لا ثبوت » .

(٤) طرأ طرئاً وطروا - حدث وخرج فجأة فهو طارئ - المعجم الوسيط . وفي الأصل

« الطريان » .

وأما المريض المدينون إذا أعتق - فعند أبي يوسف ومحمد : ينفذ ، فيمنع . وعند أبي حنيفة : إنما (١) لا ينفذ لخلل في علة الولاية ، لأن ملكه زال من وجهه ، إذ لو لم يزل يتضرر الغرماء ، فلا جابر - أما هنا بخلافه .

(١) في الأصل « إنما » غير واضحة .

كتاب الأشربة

١٧٨ - مسألة : تحليل ^(١) الخمر مباح . والحلل الحاصل به حلال ، سواء كان بعلاج بأن ألقى فيها الملح أو الحلل ، أو بغير علاج بأن نقلها من الظل إلى الشمس أو من الشمس إلى الظل . وعنده : إن كان بعلاج لا يحل قولاً واحداً ، وإن كان بغير علاج له فيه قولان .

فالحلاف ههنا في موضعين :

أحدهما - إباحة التحليل .

والثاني - حل الحلل المتخذ منه .

فتتكلم في الموضعين جميعاً - فتتكلم :

أولاً - في حل هذا المائع :

الوجه فيه - أن المائع الذي تفر طعمه من المرارة إلى الحموضة بإلقاء هذه الأعيان فيه ، داخل في جنس الطيبات ، فوجب أن يكون حلالاً ^(٢) كما إذا تخلل بنفسه ^(٣) .

(١) تخلل الخمر جعلها محلاً - المعجم الوسيط . انظر فيما يلي الهامش ٣ . والسرعى ، المبسوط ، ٢٤ : ٢٢ وما بعدها .

(٢) في الأصل : « حلال » .

(٣) عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال : سئل النبي ﷺ عن الخمر تتخذ خللاً قال : « لا » أخرجه مسلم - بلوغ المرام رقم ٢٢ ص ٥ في « باب إزالة النجاسة وبيانها » وسئل السلام ، ١ . رقم ٢٢ ، ص ٤٨ .

وقال السمرقندى في التحفة ، ٣ : ٥٦٥ - ٥٦٦ : « لو ألقى في الخمر علاجاً من الملح والسملك والبيض والحلل حتى صارت حامضاً ، يخل شرابها عندنا وصارت حلالاً . وعند الشافعى : لا يحل . ولقب المسألة أن تحليل الخمر بالعلاج هل يباح أم لا ؟ ولو نقل الخمر من الظل إلى الشمس ومن الشمس إلى الظل حتى تصير حامضاً - تحل عندنا . وللشافعى فيه قولان - والمسألة -

وإنما قلنا بأنه داخل في جنس الطيبات ، لأن الطيب ما يستطيبه الطبع السليم ولا يستقذره ، كالخبيث^(١) ما يستخيه ، وهو المائع بعدما تفر من المازرة إلى المحموضة : يستطيبه الطبع السليم . ولهذا يستعمل في وجوه المصالح ، فيتخذ منه [السليختين]^(٢) والمباحات . / وإذا صار بهذه الصفة ، يطلق عليه اسم الطيب في العرف . وإذا ثبت أنه طيب ، وجب أن يكون حلالا لقوله تعالى : ﴿ أحل لكم الطيبات ﴾^(٣) - الله تعالى أحل جنس الطيبات . والمراد من هذا الطيب ، الطيب العرفي الذي تستطيبه الطباع السليمة ، دون الطيب الشرعي وهو الحلال ، لأنه لو كان كذلك لصار كأنه قال : أحل لكم الحلالات ، وهذا تكرار .

فإن قيل : قولكم بأن هذا المائع داخل في جنس الطيبات - قلنا : هذا خل داخل في جنس الطيبات أم خمر داخل في جنسها ؟ ع م - ولكن الخمر حرام ، سواء كان طيبا أو خبيثا طيبا .

وإن قال : صار خلا ، كان انتقالا^(٤) لأن الخل حلال ، لقوله عليه^(٥) السلام : « نعم الإدام الخل » .

ثم نقول : لا نسلم بأنه صار خلا .

معرفة . والله أعلم « وقال أيضا ، ج ١ ، ص ١٣٥ : « ... كالحمر تخلل فتحل ... » وانظر : السمعاني ، المبسوط ، ٢٤ وما بعدها .
(١) في الأصل : كالخبيث .

(٢) كلمة غير مقرونة ولعلها « السليختين » والسليخة من العطر شيء كأنه قشر متسلخ ذو شعب ومن البان دهن ثمرة قبل أن يربب بأفئده الطيب - المعجم الوسيط . والقاموس المحيط واللسان .

(٣) المائدة : ٤ - ٥ ﴿ يسألونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات ... اليوم أحل لكم الطيبات ... ﴾ .

(٤) انتقل لغة تحول من مكان إلى آخر - المعجم الوسيط . وراجع في الانتقال عند الأصوليين : السمرقندي ، الميزان ، ص ٧٦٤ وما بعدها .

(٥) عليه « ليست في الأصل .

ولئن قال بأنه صار حامضيا - قلنا : يحتمل أن الحموضة قامت بها ، ويحتمل أنها قامت بالملقى فيها ، فلا يكون خلا .

ولئن سلمنا أن الحموضة قامت بهذه الأجزاء ، لكن بأكملها أم ببعضها ؟ ع م -
يأينه : أن الحمر لا تتخلل دفعة واحدة ، بل جزءا فجزءا ، فكان احتمال بقاء الحمر به قائما ، فلا يصح خلا بالشك .

ولئن سلمنا أنه صار خلا ، لكن خل (١) طاهر أم نجس ؟ ع م - ولكن الخل النجس لا يكون حلالا ، وإن كان طيبا طبعاً ، كالخل الذى يقع فيه القأرة وماتت ، فلم قلتم بأنه طاهر ؟

وبيان أنه نجس : أن ما ألقى فيه صار نجسا بنجاسة الخمرة ، فصار خلا نجسا ، فلا يحل - كما إذا ألقى فى دَن (٢) من الخل قطرة من الحمر .

الجواب :

قوله : هذا خل داخل فى جنس الطيبات أم حمر داخل [فى الطيبات] ؟ - قلنا : خل داخل فى الطيبات ، لأنه صار بحالة ، لو ذاقه اللغوى يسميه خلا ، وكونه خلا أمر حقيقى / يعرف بالذوق لا بالشرع ، كما إذا تخلل بنفسه .

١/١٥٧

قوله : هذا انتقال (٣) - قلنا : لا نسلم ، لأن للقاتل أن يقول : لم قلت بأن الخل الحاصل به حلال ، فلا بد من الدليل ؟ .

(١) فى الأصل : خلا .

(٢) الذَّن وعاء ضخم للخمر ونحوها والجمع دنان - المعجم الوجيز - وانظر فيما بل الهامش ١ ص ٤٤٤ .

(٣) انتقل لفة تحول من مكان إلى آخر - المعجم الوسيط - راجع فيما تقدم الهامش ٤ ص ٤٤٠ . وانظر السمرقندى ، الميزان ، ص ٧٦٤ وما بعدها .

قوله : بأن صفة الحموضة قامت بهذه الأجزاء أو بالعين الملقى - قلنا بهذه الأجزاء ، لأن الحموضة لو كانت باعتبار غلبة الماء على الخمر ، لأدركنا الحموضة^(١) في أول الوهلة ، ومعلوم أن الحموضة إنما تظهر بعد زمان طويل .

قوله : الحموضة قامت بكل هذه الأجزاء أم بعضها ؟ - قلنا : بكل هذه الأجزاء ، لأن الكل قابل لهذه الصفة ، وقد دل الدليل عليه ، وهو إدراك الحموضة فيه بالذوق مع وجود الخمر ، ولا شك بأن بعض الأجزاء صار خلا بالمجاورة ، فيصير الكل بعين هذه العلة بعد مرور الأيام .

وبه خرج الجواب عن السؤال الذي يليه

قوله : هذا خل طاهر أم نجس ؟ قلنا : هذا خل طاهر ، لأن نجاسة الخمر والوعاء والملقى باعتبار الحمرة ، فإذا زالت الحمرة زالت النجاسة .

وأما إذا وقعت فآرة في الخمر وماتت : إن ذمى^(٢) منها قبل أن تنفسخ ، ثم صار خلا ، فهو طاهر . وأما إذا انفسخ ، بقى نجسا ، لأن نجاسة أجزاء الفآرة لا يزول بزوال الحمرة .

وأما إذا ألقى في دن من الخل قطرة من الخمر ، إنما لا يحل ، لأنه لا يمكن إدراك طعم ذلك الجزء من الجملة في أول الزمان ، حتى إذا مضى زمان طويل ، يظهر ويحل . والله أعلم .

[الثاني] - وأما الكلام في جواز التخليل^(٣)

فالوجه فيه - أن هذا تصرف إصلاح ، فوجب أن يكون مباحا مشروعاً ، قياساً على دبح الجلد .

(١) عبارة « لو كانت باعتبار غلبة الماء على الخمر لأدركنا الحموضة » وردت في الهامش بوصفها سدا لنقص في المتن مع إشارة التقصير

(٢) ذمى الجرح ذمى وذمها خرج منه الدم ولم يسيل فهو ذم - المعجم الوسيط - انظر :

السرقيدي ، التحفة ، ١ : ١١٦ - ١١٧

(٣) في الأصل هنا : « التحليل » وفيما تقدم في الأصل « التخليل » .

والدليل على ذلك - أنه تحصيل عين صالح لإقامة المصالح ، حقيقة وشرا .

وإذا كان إصلاحا على هذا التفسير ، وجب أن يكون مباحا مشروعا ، لأنه يكون وسيلة إلى إقامة المصالح ، وتمكيننا من استيفائها حقيقة / وشرا .

٢/١٥٧

فإن قيل : قولكم بأن هذا إصلاح ، فالأُسُولة^(١) عليه ما مر .

ولئن سلمنا أنه إصلاح من الوجه الذى قلم ، ولكنه إفساد من وجه آخر ، لأنه إفساد للعين الملقى فيه ، فوقع المعارضة .

ولئن سلمنا أن ما ذكرتم يدل على جواز التخليل ، ولكن هنا دليل بأبى ذلك ، لأن الإزافة مشروعة ، ولو كان التخليل مشروعا لما أبيحت الإزافة ، لأنه حينئذ تكون إتلافا للعين المنتفع به ، ولأنه إعزاز للمخمر ، وإعزازها حرام ، ولأنه اقتراب منها ، ولخمر يجب اجتنابها .

ثم التعليل معارض بالنصوص :

منها : قوله عليه السلام : « لا تتخذوا الخمرة خلا » .

ومنها : ما روى أنه لما نزلت آية تحريم الخمر كان عند أبى طلحة الأنصارى محور لأيتام فجاء إلى النبي ﷺ [وقال] : « أخللها يا رسول الله ؟ قال : لا — أرقها » .

الجواب :

قوله : إنه إفساد فى الحال - قلنا : بلى - ولكن للوصول إلى الصلاح . وما هذه حالة لا يقضى بقبحه ، كما فى البيزاعة^(٢) والحجامة .

(١) فى الأصل كلنا : « فالأُسُولة » راجع فيما تقدم المايش ١ ص ٤٣٤ .

(٢) فى الأصل كلنا : « الدراعة » وذرع الديحة ذرعا سلخها من قبل عنقها وذرع الرقية إزائها من قبل المفصل من غير كسر وذرع فى عنقه حبلا شده عليه فانخنت - المعجم الوسيط . وفى التحفة ، ٢ : ٥٢٣ : « ولو استأجر البراغ والفساد والختان فعملوا عملهم ثم سرى إلى النفس ومات فلا ضمان عليهم .. » وكذا ، التحفة ، ٣ : ١٤٧ .

وأما جواز الإزقة - قلنا: إنما جازت الإزقة لمصلحة أخرى لا تحصل بالتخليط ، وهو التحرز عن الوقوع في الفساد في الحال ، وهذا لا يمنع إباحة التخليط .

قوله : بأنه إعزاز الخمر - قلنا : لا نسلم ، بل هو إهانة لها وإعزاز للخل ، لأنه سعى في إتلاف الخمرية .

قوله : بأنه اقتراب من الخمر - قلنا : بلى - ولكن لإتلاف الخمرية ، لا للشرب ، فلا يحرم كالإزقة .

وأما الحديث الأول - قلنا : محمول على اتخاذها ، بمنزلة الخل ، على الموائد ، كما في قوله : لا تتخذوا الدواب كراسي ، عملاً بما ذكرنا .

وأما الحديث الثاني - فنسوخ ، لأنه كان في أول زمان التحريم ، حين كان يبالغ النبي ﷺ في ذلك حتى كان يأمر بكسر الدنان^(١) / وشق الرقاق^(٢) ، ثم نسخ ، كقتل الكلاب .

والله أعلم .

== وانظر فيما بعد ص ٤٨٠ حيث يقول المؤلف : « - وكذا الفصاد والبراغ والحجام ... » والبرغ الشق يقال : برغ البيطار أشاعر الدابة ويضعها إذا شق ذلك المكان فيها بمبضعه والبرغ والتبرغ التشريط وفي الحديث : « إن كان في شيء شفاء ففى برغ الحجام » والبرغ الشرط ويزغ دمه أساله - اللسان .

(١) الدن وعاء ضخم للخمر ونحوها والجمع دنان - المعجم الوجيز - راجع الهامش ٢ ص ٤٤١ .

(٢) الرق وعاء من جلد يميز شعره ولا يُتف للشراب وغيره والجمع أرقاق وزقاق - المعجم الوسيط .

١٧٩ — مسألة : طلاق المكره وعتاقه ونكاحه ونذره وعينه ، صحيح نافذ — خلافا له (١)

والوجه فيه — أن هذا تصرف تطليقي ، فوجب أن يصح ، قياسا على الطائع .
وإنما قلنا ذلك — لأن التطليق مشروع في حق المكره ، وقد وجد صيغة التطليق ، فيقع الطلاق .

وإنما قلنا : إن التطليق مشروع في حق المكره — لأن التطليق إنما كان مشروعا (٢) في حق الطائع لمعنى ، وهو الحاجة إلى استيفاء المصلحة المطلوبة بالتطليق ، والمكره أخرج إلى التطليق من الطائع ، لأنه معلق به (٣) بقاؤه وخلاصه من القتل ، لأنه لو لم يطلق يقتله المكره ، والطائع لا يتملق به بقاؤه ، فشرع التطليق ثمة ، على شرعه هنا دليل .

فإن قيل : قولكم بأن التطليق مشروع — قلنا لا نسلم
قوله : لأنه يحتاج إليه لمصلحة بقاء نفسه ، ودفع القتل عنه — قلنا : لا نسلم بأنه يحتاج إلى الطلاق ، لدفع القتل .

فلنقل قال بأن غرض المكره (٤) تخليصها من حبالته ، ليتزوج بها ، فلو لم يطلقها ،
(١) انظر : السمرقندي ، الصفحة ، ٣ : ٤٥٩ وما بعدها وفيه (ص ٤٦٥) : « وإن كان تصرفا لا يحتمل الفسخ ، كالطلاق والعتاق والنكاح واليمين والنذر ونحوها ، فإنه ينفذ التصرف عندنا — خلافا للشافعي . والمسألة معروفة » .

(٢) « مشروعا » كلمة غير واضحة تماما في الأصل .

(٣) قد تكون : « يتملق »

(٤) في الأصل هنا إشارة هكذا : « ⊙ »

بقتله ، ليصل إليها - قلنا : لا نسلم بأن غرضه هذا ، بل يحتمل أن يكون غرضه هذا ، ويحتمل أن يكون غرضه تعذيبه والإضرار به .

ولئن سلمنا أن غرضه هذا ، ولكن هذه حاجة يندر وجودها ، فلا يشرع لها الطلاق .

ولئن سلمنا أنها حاجة يقلب وجودها ، ولكن الطلاق في أصل الشرع شرع للخلاص من النكاح ، لا لحاجة دفع القتل ، فلا يتعدى إلى غيره .

ولئن سلمنا أن هذه الحاجة أثار في شرع الطلاق ، لكن الطلاق هنا تعين مدفعا لهذه الحاجة أم لم يتعين ؟ ع م . وهذا لأن / هذه الحاجة كما تندفع بالطلاق تندفع بالإتيان بصيغة الطلاق ، إذ لا وقوف للمكره إلا على الصيغة . ٢/١٥٨

ولئن سلمنا أن الطلاق مشروع في حق المكره ، لكن لم قلّم بأنه أتى به ؟ .

قوله : وجد منه صيغة التطليق - قلنا : لم قلّم بأن هذه الصيغة وجدت من المكره . وهذا لأن المكره آلة المكره ، بدليل أنه إذا أكرهه على إعتاق عبده فأعتقه ، يجب على المكره القيمة ، فيكون مضافا إلى الذي استعمل الآلة لا إلى الآلة ، ولأنه لم يقصد التطليق ولم يُرَدّه ، فلا يقع - دل عليه : أنه لو أكرهه على الإقرار بالطلاق ، فأقر - لا يصح . ولو أكرهه على تسليم الشفعة ، فسلم - لا يصح . ولو أكرهه الصبي والمعتوه لا يصح .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأنه يحتاج إلى الطلاق لدفع القتل عن نفسه ؟ قلنا : لأن غرض المكره من الإكراه الوصول إلى المرأة ، فلو لم يُطَلَّق ، يقتله . وما ذكر من الاحتمال ، أمر بخالف الظاهر واللفظ ، فلا يحتبر .

قوله : هذه حاجة يندر وجودها - قلنا : وإن ندر وجودها ، ولكن إذا وقعت لأبد لها من مخلص . وذلك بشرع الطلاق ، وإنما يلحق النادر بالغالب ، إذا لم يمكن التمييز بينه وبين الغالب ، أما إذا أمكن ، فلا .

على أنا نقول : بأن هذه الحاجة يغلب وجودها في جنسها من حيث الخلاص عن عهدة النكاح .

قوله : الطلاق حيث شرع ، [ف] لإزالة النكاح لا لدفع [القتل] - قلنا : الطلاق إنما شرع لحاجة الخلاص عن عهدة النكاح ، وهذه حاجة الخلاص عن عهدة النكاح . إلا أن طرق الحاجات مختلفة .

قوله : القتل يندفع عنه بمجرد الصيغة - قلنا : المكره يطلب منه التطلق لا مجرد الصيغة . فلو لم يوجد منه التطلق / يقتله تحقيقاً لغرضه ، فوجب القول بتصور التطلق (١) منه حقيقة وشرعاً ، وبوجوده (٢) دفعاً للقتل عن نفسه .

قوله : لم قلتم بأنه أتى بالتطلق ؟ قلنا : لأن الكلام فيه .

قوله : لم قلتم بأن الصيغة وجدت منه ؟ قلنا : لأنه أمر حقيقي .

قوله : إنه آلة - قلنا : عنه جوابان : أحدهما - لا نسلم تصور كون المختار آلة للغير : في فعل ما . والثاني - إنما يكون آلة فيما يتصور ، وذلك في (٣) المحسوسات كالقتل وغيره ، لا في المشروعات .

قوله : لم قلتم بأنه قصده وأراد به حتى يكون تطلقاً - قلنا : لأن الكلام فيما إذا وجد منه القصد والإرادة ، والصيغة دليل القصد .

وأما إذا أكرهه على الإقرار بالطلاق - قلنا : يصح الإقرار ، حتى لو قال بعد زوال الإكراه : كنت صادقاً ، كان الحكم ثابتاً ، إلا أنه إذا أخبر أنه كان كاذباً يصدق أيضاً ، لأن الظاهر يدل عليه .

وأما إذا سلم الشفعة مكرها ، يحصل التسليم ، لكن بوصف الفساد ، كالبيع الصادر من المكره ، فكان بسبيل من نقضه ، كما في البيع .

(١) في الأصل قلنا : « التطلق » .

(٢) الظاهر : وتصور وجوده - أو : ويتحقق وجوده .

(٣) « في » غير واضحة في الأصل .

وأما طلاق الصبي والمحتوه - قلنا : إنهما ليسا أهلا^(١) للطلاق ، ولهذا لا يقع ، وإن كانا طائعين - أما ههنا بخلافه .

١٨٠ - مسألة : إذا باع مكرها وسلم مكرها ، ينفذ البيع ويثبت الملك - خلافا لزفر^(٢) .

وأجمعوا أنه لو سلم طائعا أو أجاز طائعا - يثبت الملك .

والوجه فيه - أن هذا تصرف بيع ، فوجب أن لا يعرى عن إثبات الملك في الجملة ، قياسا على بيع الطائع .

٢/١٥٩ . وإنما قلنا ذلك - لأن البيع مشروع في حق المكره ، لعموم النصوص المقتضية / لجواز البيع وللمساس الحاجة إلى شرع البيع في حقه ، وهو تعلق بقائه^(٣) ودفع القتل عنه بالبيع - على ما مر .

(١) في الأصل قلنا : « إيهما لفساده فلا للطلاق .. » .

(٢) قال السمرقندي في التحفة ٣ : ٤٦٤ : إنه إذا ورد الإكراه على إنشاء التصرف : « إن كان تصرفا يحتمل الفسخ ويشترط فيه الرضا ، كالبيع والشراء والإجارة ونحوها ، والإكراه بأى طريق كان - فإنه يكون التصرف فاسدا : إن اتصل به التسليم يفيد الملك وإلا فلا ، وعلى قول زفر : يكون موقوفا على إجازة المكره - والمسألة معروفة » - وانظر فيما بعد الهامش ١ ص ٤٥٠ .

وقال الكاساني في البدائع ، ٣٠٤ : ٣٠٥ : « وأما شرائطه (شرائط البيع الفاسد) فاثنتان : أحدهما - القبض فلا يثبت الملك قبل القبض ... والثاني - أن يكون القبض بإذن البائع . فإن قبض بغير إذنه أصلا لا يثبت الملك بأن نهبه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه فإن لم ينه ولا أذن له في القبض صريحا فقبضه بمحضرة البائع : ذكر في الزهادات أنه يثبت الملك وذكر الكرخي في الرواية المشهورة أنه لا يثبت ... » .

وانظر : الكاساني ، البدائع ، ٧ : ١٨٦ - ١٨٩ . وأستاذنا السنهوري ، مصادر الحق ، ٢ : ٢٢٩ وما بعدها . وفي الفرق بين بيع المكره والبيع الفاسد : ابن عابدين ، ٥ : ١٢٥ . وكتابتها . نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ج ١ في الفقه الحنفى ، ص ٧٦ وما بعدها حيث شرحنا بالتفصيل المقصود بالقبض .

(٣) في الأصل : « بقاؤه » .

وإذا كان البيع مشروعا في حقه ، لأبد له من صورة ، [ف] يوجد بتلك الصورة ، وليس ذلك إلا قوله « بت » ، وقد وجد ، فيكون بيعا ، فيكون سببا للملك .
فإن قيل : لا نسلم بأنه تصرف بيع ، وهنا لأنه لو كان بيعا في الحال لأفاد الملك في الحال .

وأجمعنا على أنه لا يفيد الملك إلا بعد القبض .

ولئن سلمنا أن هذا بيع ، لكنه بغير رضا ، فلا يفيد الملك - بالكتاب والسنة والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ (١) .

وأما السنة - [ف] قوله عليه السلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه » .

وأما الحكم - [ف] بيع الفضولي والبيع بشرط الخيار . ولأنه بيع فيه شرط للإبطال للبائع ، فلا يفيد الملك ، كالبيع بشرط الخيار .

ولئن سلمنا أنه بيع ، ولكنه لا يفيد الملك قبل التسليم ، والتسليم لم يوجد منه ، بل من المكره ، لأنه آفة ، فلا يفيد الملك .

الجواب :

قوله : لو كان بيعا لأفاد الملك في الحال - قلنا : البيع سبب للملك ، إلا أن الحكم قد يتراعى عن السبب مانع ، وقد وجد المانع قبل القبض ، وهو الفساد المتمكن فيه لعدم الرضا ، فالتحقق بسلام العقود الفاسدة ، في حق توقف الملك .

(١) النساء : ٢٩ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ . وفي الأصل : « ولا تأكلوا » .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٢٩)

قوله : بيع بغير رضا - قلنا : بلى ، ولكن يتصور البيع بدون الرضا .
وأما النص - قلنا : ليس من ضرورة انتفاء الحل انتفاء الملك ، كالمملوك بالبيع
الفاسد والمملوك بالغصب المضمون .
١/١٦٠ وأما الحديث - فإنه نفى الحل إلا بطيبة من نفسه / ، والحل هنا بعد البيع لم يبق
ملك البائع ، بل صار ملكا للمشتري .
وأما بيع الفضولى والبيع بشرط الخيار - فهو غير مباشر فى حق الحكم ، إنما هو
مباشر فى حق العاقدین ، أما هنا ، [فـ] البيع حصل مطلقا .
قوله - مشروط الخيار الإبطال - قلنا : بلى ، ولكن إلى أن يبطل ثبت الملك .
وكونه بسبيل من الفسخ لا يمنع ثبوت الملك ، كالمبيع المغيب .
قوله : لا يفيد الملك قبل التسليم - قلنا : لا نسلم بأن التسليم شرط ، بل قبض
المشتري حقيقة شرط . وإن كان شرطا ، ولكن وجد التسليم منه حقيقة ، لأنه عاقل
مختار^(١) ، فلا يصلح آلة للغير .

١٨١ - مسألة : قال أبو حنيفة ومحمد : إذا أكره إنسانا على قتل غيره بالسيف ،
فقتله ، يجب القصاص على المكره دون المكره . وقال زفر : يجب على المكره دون
المكره . وقال الشافعى : يجب عليهما . وقال أبو يوسف : لا يجب على واحد منهما .
والوجه فيه - أن القتل إماتة ، فلا يشرع إلا لمصلحة الإحياء .

(١) الرضا هو إختيار الشيء واستحسانه بخلاف الإختيار الذى هو قصد إلى الشيء وإرادته.
فالكره على الشيء يختاره ولا يرضاه - ابن عابدين ، رد المحتار ، ٤ : ٩ .

وقال فى التوضيح ، ٢ : ١٩٦ : « الإكراه .. إما ملجئ بأن يكون بفوت النفس ، أو
العضو ، وهذا معدم للرضا ومفسد للإختيار . وإما غير ملجئ ، بأن يكون بحبس أو قيد أو ضرب
وهذا معدم للرضا غير مفسد للإختيار » انظر شرحه فى التلويح . وانظر السمرقندى ، التحفة ،
٣ : ٤٥٩ وما بعدها . والكاسانى ، البدائع ، ٧ : ١٧٥ وما بعدها . وأستاذنا السنهورى رحمه
الله ، مصادر الحق ، ٢ : ١٩٨ وما بعدها . والمجلة ، المادة ١٠٠٣ وما بعدها .

وإنما قلنا ذلك - لأن الدليل ينفي شرع الإمامة ، لكونه تخريب ببيان الله تعالى ، إلا إذا كان لدفع ضرر مثله . وذلك يكون لمصلحة الإحياء ، والإحياء هنا في قتل المكره دون المكره ، لأن الإحياء في باب القصاص بطريق الجبر ، وبطريق الزجر ، وكلاهما حاصل في قتل المكره دون المكره :

أما طريق الجبر - فهو أن المعنى به دفع سبب الهلاك المتوجه إلى الورثة من جهة القتل ، لأن الورثة يقصدون قتل المكره لا المكره ، لأنهم يرون الشر منه لا منه . وإذا لم يقصدوا قتله ، لا يقصد قتلهم ، فلا يوجه إليهم الهلاك منه .

وأما بطريق / الزجر - فلأن المكره إذا علم أنه يقتل بالإكراه ، ينزجر ، فيمتنع عن الإكراه . ولا كذلك المكره ، فإنه يعلم أنه لو لم يقتل يقتل . فإن قيل ما ذكرتم ثم ، إدارة الحكم على الحكم ، والحكم لا يدار على الحكم لحفاء بها ، بل على أسبابها .

ولئن سلمنا أن إيجاب القصاص لما ذكرتم ، لكن لم قلّم بأن الإحياء هنا في قتل المكره ؟

قوله : الورثة لا يقصدون قتل المكره ويعنونه - قلنا : لا نسلم ، وأى عنر لمن جعل مسلما معصوم الدم وقاية لنفسه - دل عليه أن الشرع يأمره بالصبر حتى يقتل ولا يضروه ، فإذا لم يعنره الشرع ، لم يكن معنوا عند الأولياء .

قوله : الزجر لا يتحقق في حق المكره - قلنا : لا نسلم .

قوله : إنه لم لو يقتل يُقتل في الحال - قلنا : وجود القتل من جهة المكره ليس بأمر قطعي ، لأنه ربما يهدده ويحمله على القتل ، فإذا امتنع عن القتل لا يقتله ظاهرا ، والظاهر أن الأولياء يقتلون طلبا للشفاء^(١) .

قوله : المكره إذا علم أنه يُقتل بالإكراه ينزجر - قلنا : الحاجة كما مست إلى شرع

(١) الشفاء دواء النفس . وفي القرآن الكريم : ﴿ وشفاء لما في الصدور ﴾ - يونس : ٥٧ - المعجم الوسيط . وفي الأصل كنا : « للشفى » .

الزجر عن الإكراه مست إلى شرع الزجر عن قتل المكره ، فيجب القتل على المكره تحقيقا للزجر .

ثم ما ذكرتم باطل بالمسك والمعين على القتل ، فإنهما يقتلان ، مع ما ذكرتم .
الجواب :

قوله : بأن هذا إدارة الحكم على الجبكم - قلنا : الحكم لابد له من الحكمة - [ولنا] الإشارة للنص ، وهو قوله تعالى : ﴿ ولكم في القصاص حياة ﴾ ^(١) إلا أن الحكمة إذا كانت ظاهرة يدار الحكم عليها ، وإن كانت خفية يدار الحكم على دليلها .

قوله : لم قلتم بأنه معذور ؟ - قلنا : لا نعتى بكونه معذورا / أنه غير ملوم شرعا ، وأنه مطلق فيه ، بل نعتى به أن الورثة إذا راجعوا أنفسهم : أن هذه الحادثة لو وقعت لهم يقدمون على القتل ، يعذرونه .

قوله : بأن قتل المكره ليس بأمر قطعي ، بل هو غالب وظاهر - قلنا : بلى ، ولكنه تأخر ، وقتل الأولياء بطريق القصاص متأخر ، يتمكن من دفعه بالفرار ^(٢) وغيره ، ومرجى منهم العفو والصلح .

قوله : الحاجة مست إلى شرع الزجر عن قتل المكره - قلنا : قتل المكره يناق ^(٣) الإكراه ، فإذا انتفى الإكراه ، ينتفى قتل المكره ضرورة .

وأما المسك والمعين - قلنا : ليس فعلهما بحال إذا وجد ، يوجد القتل ، لا محالة ، وإذا انعدم ينعدم - أما هنا يخالفه .

والله أعلم .

(١) البقرة : ١٧٩ .

(٢) تشبه : « بالدار » .

(٣) في الأصل كنا : « ينا عل » .

كتاب الحجر

١٨٢ — مسألة : الحجر على الحر السفية باطل ، حتى تنفذ تصرفاته قبل الحجر
وبعده عند أى حنيفة .

وقال صاحباه : الحجر صحيح . غير أن عند محمد : « ك » (١) بلغ سفيا يبلغ
محجورا . وعند أى يوسف : يبلغ مطلقا ثم يصير محجورا بحجر القاضى ه .

وأجمعوا أنه يمنع ماله عنه ، ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة . فإذا بلغ خمسا وعشرين
سنة - عند أى حنيفة : لا يمنع . وعندهما : دام المنع ما دام السفه .

والوجه فيه - أن التصرف الصادر من السفية تصرف تمليك فى خالص ملكه ،
فوجب أن يفيد الملك ، قياسا على الرشيد .

وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إيقاعه تمليكا ، والشرع جعله بسبيل من ذلك ، فيقع
تملكا : أما القصد فظاهر . وأما بيان أن الشرع جعله بسبيل منه ، لأن الشرع إنما
جعل الرشيد بسبيل من ذلك لكونه آدميا مكروما حرا بالغا محتاجا إلى التمليك والتملك -
هذا المعنى موجود هنا . /

٢/١٦١

فإن قيل : قولكم بأنه تصرف تمليك - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه قصد إيقاعه تمليكا - قلنا : لا نسلم .

وأما الصيغة - قلنا : الصيغة إنما تدل على القصد إذا صدرت عن عقل ورأى . أما
إذا صدرت عن سفه فلا ، كالصيغة الصادرة عن الطفل والمجنون .

ولئن سلمنا أنه قصد التمليك ، ولكن لم قلّم بأن الشرع جعله بسبيل من ذلك ؟ .

(١) فى الأصل قد تكون « ك » أو « لا » .

قوله : لأن الرشيد إنما جعل بسبيل لكونه آدميا مكروما ، وإنه موجود هنا - قلنا : كونه مكروما يقتضى إطلاق التصرف النافع أم الضار ؟ م ع - ولا يمكن دعواه ، لأن إظهار الكرامة بإطلاق التصرف النافع ، وتصرف السفهية ضار ظاهرا وغالبا .

ثم التعليل معارض بالكتاب وإجماع الصحابة :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلِكَ لَهُ فَعَلُهُمْ عَلَيْهِمْ أَلْفُ مِائَةِ أَلْفٍ ﴾ (١) - جعل للسفيه ولها ، فكان هو مؤثما عليه ضرورة ، فيفيد حجر القاضى عليه . وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ - الآية ﴾ (٢) .

وأما الإجماع - فما روى أن عبد الله بن جعفر اشترى دارا بأربعين ألف درهم ، فطلب عمه علي بن أبي طالب من عثمان أن يحجر عليه .

الجواب :

قوله : الصيغة إما تدل على القصد إذا صدرت عن عقل ورأى - قلنا : بلى ، ولكن السفهية عاقل ذو رأى عالم ، لأن أصل العقل موجود في حقه ، بدليل توجه التكليف ، والكمال ليس بشرط - بدليل نفاذ تصرفات النساء مع نقصان عقولهن .

قوله : لم قلم بأن الشرع جعله بسبيل ؟ قلنا : لما ذكرنا .

قوله : كونه مكروما يقتضى إطلاق التصرف النافع أم الضار ؟ قلنا : يقتضى كونه بسبيل من التصرف نافع لكن هذه التصرفات نافعة / في رخصتها ، من حيث إنه يوصل المتصرف إلى مرامه .

١/١٦٢

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) النساء : ٥ - ﴿ وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ .

قوله : بأن السفية يباشر التصرف الضار غالبا وظاهرا - قلنا : لا نسلم . وهذا لأن التصرف الذى هو إتلاف محض لا يباشره السفية غالبا ، بل يباشر الغبن واستيفاء الملاهى ، ولكن هذا الضرر اندفع بمنع المال عنه ، لأنه إذا منع المال منه ، لا يمكن صرفه فى هذه الوجوه .

وأما الآية - قالوا : أما فى قوله : « وليه » كناية إلى الضعيف ، لأنه أقرب المكنيات ، وذلك الصبى ، وهو محجور^(١) . وقوله تعالى : ﴿ لَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ ﴾ أراد بها النساء - هكذا ذكر فى التفسير^(٢) . .

وأما حديث عبد الله بن جعفر^(٣) - فالمطلوب من عثمان كان الزجر والحجر باللسان ، لا الحجر حقيقة .

(١) راجع فى تفسير الآية (البقرة : ٢٨٢) ، الشوكالى ، فتح القدير ، ١ : ٣٠٠ - ٣٠١ . وفيه أنه يُؤىل عن السفية وليه المنصوب عنه بعد حجره وعن الصبى وصيه أو وليه وعن العاجز وليه أو المنصوب عنه من الإمام أو القاضى وعن الذى لا يستطيع وكيله ... الخ .

(٢) قال سعيد بن جبير : هم اليتامى . وقال مالك : هم الأولاد الصغار . وقال مجاهد : هم النساء - قال النحاس وغيره : وهذا القول لا يصح ، إنما تقول العرب : سفاهة أو سفهات - انظر الشوكالى ، فتح القدير ، ١ : ٤٢٥ . راجع الماعش ٢ ص ٤٥٤ .

(٣) عبد الله بن جعفر بن أبى طالب القرشى الهاشمى : يكنى أبا جعفر . ولدته أمه أسماء بنت عميس بأرض الحبشة . وهو أول مولود ولد فى الإسلام بأرض الحبشة . وقدم مع أبيه المدينة وحفظ عن رسول الله ﷺ وروى عنه وتوفى بالمدينة سنة ٨٠ هـ وهو ابن تسعين سنة وقيل توفى سنة ٨٤ أو ٨٥ هـ وهو ابن ثمانين سنة وأكثرهم على أنه توفى سنة ٨٠ هـ . يقال : لم يكن فى الإسلام أجود منه (ابن عبد البر - الاستيعاب) .

كتاب المأذون

١٨٣ — مسألة : المأذون في النوع ، يكون مأذونا في الأنواع كلها . وعنده : لا يصير مأذونا إلا في النوع الذي خص المولى الإذن به^(١) .

وصورته : إذا قال له : انجز في الخبز - يصير مأذونا في التصرف في الخبز والبر^(٢) . وعنده : في الخبز فقط .

. والوجه فيه - أن العبد متصرف بمالكية نفسه ، فلا يتخصص تصرفه بنوع دون نوع ، قياسا على الحر .

وإنما قلنا ذلك - لأن الحر إنما كان مالكا للتصرف بنفسه ، لكونه مكلفا ، وكونه مكلفا يقتضى الجرى على مطلق موجب التكاليف وذلك إنما يكون بالتمكن من التصرفات تمكينا من الجرى على موجب التكاليف ، بواسطة حصول الأموال - هذا المعنى موجود في حق العبد ، فكان مقتضاه أن ينفذ تصرفه قبل الإذن ، إلا أنه امتنع ذلك حقا للمولى . فإذا وجد الإذن رضى / بزوال حقه وتعطيل منافع العبد في حقه بنوع من التصرف . ولا فرق في حق المولى بين أن تتعطل منافعه بالتصرف في نوع واحد ، وبين أن تتعطل بالتصرف في أنواع ، لأنه من حيث تعذر الانتفاع لا يتفاوت ، فإذا رضى المولى بزوال المانع ، فتعمل المالكية عملها في كل الأنواع .

فإن قيل : قولكم بأن العبد يتصرف بمالكية نفسه - قلنا : لا نسلم .

(١) راجع : كتاب المأذون في : التحفة ، ٣ : ٤٨١ وما بعدها .

(٢) البر نوع من الثياب والخز من الثياب ما ينسج من صوف وإبريسم أو ما ينسج من إبريسم خالص - والإبريسم أحسن الحرير - المعجم الوسيط . وفي مختار الصحاح : والإبريسم معرب وفيه ثلاث لغات . والعرب تخطط فيما ليس من كلامها .

قوله : بأنه مكلف ، والتكليف يقتضى المالكية - قلنا : التكليف يقتضى الإمكان المطلق ، لكن فى حق من هو يكفى المؤنة من جهة الغير أم فى حق من ليس يكفى المؤنة ؟ ع م . والعبد يكفى المؤنة من جهة المولى شرعا وعرفا ، فلا حاجة إلى إثبات المالكية له .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية ، ولكن كونه بأعضائه وآلانه مملوكا للمولى ، تبقى المالكية ، فوقع التعارض .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية لا لعينها ، بل لغرض الوصول إلى المال ، وهذا الغرض لم يحصل ، لأن المال لا يملكه العبد ، بل يملكه المولى .

ولئن سلمنا أن التكليف يقتضى المالكية مطلقا ، لكن لم قلّم بأنه ثبت^(١) هنا ؟ .

قوله : المولى إذا أذن رضى بتعطيل منافعه - قلنا : فى كلها أو بعضها ؟ ع م . وهذا لأن غرض المولى من إذن العبد فى التجارة هو الربح ظاهرا ، والربح إنما يحصل بالمداية ، والمولى إذا خصص الإذن بهذا النوع ، دل على أنه جربه ، فوجده مهتديا فى هذا النوع ، دون غيره ، فيختص به .

دل عليه - أن المأذون فى جنس ما ، لا يكون مأذونا فى الأجناس ، حتى لو أذن له فى الكتابة لا يصير مأذونا فى النكاح . ولو أذن له فى شراء الطعام للقوت ، لا يكون / مأذونا فى غيره .

١/١٦٣

الجواب :

قوله : التكليف ، يقتضى المالكية فى حق من هو مكفى المؤنة أم لا ؟ - قلنا : التكليف يقتضى الإمكان مطلقا ، وذلك إنما يحصل بطريق يستبد المكلف به ، ولا يتعلق باختيار الغير كل التعلق - دل عليه أن المرأة مكفية المؤنة من جهة الزوج ومع هذا ثبت لها مالكية التصرفات .

(١) هذه الكلمة « ثبت » غير واضحة هنا .

قوله : كونه مملوكًا للمولى ينفي المالكية - قلنا : كون العبد مملوكًا للمولى لو منع ثبوت المالكية ، إنما يمنع لأن فيه تعطيل مصلحة المولى ، وذلك بالإطلاق ، وبثبوت موجب هذه التصرفات ، لا بثبوت مالكية العبد .

قوله : التكليف يقتضى المالكية لغيرها ، وهو حصول المال ، ولم يحصل - قلنا : لا نسلم ، بل يحصل ويصل إلى هذا الغرض بعد الإذن ، إلا إذا كان عليه دين ، فينتقل إلى المولى ، أما ابتداء فلا .

قوله : بأن غرض المولى هو الربح - قلنا : الإذن ثبت مطلقاً غير مقيد ، فوجب أن لا يقيد ، كى لا يمتنع الناس عن المعاملة معه .

وأما الإذن فى جنس - إنما لا يكون فى الأجناس ، لأن الغرض من الإذن استفادة موجب هذه التصرفات : إما للعبد أو لنفسه . والغرض من هذا الجنس غير الغرض من ذلك الجنس ، فالرضا بهذا لا يدل على الرضا بغيره .

وأما إذا أذن له فى شراء الطعام ، فإن ذلك من باب الاستخدام ، لا من باب الإذن .

١٨٤ - مسألة : المولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت ، يصير مأذوناً له فى التجارة ، خلافاً له .

والوجه فيه - أن السكوت فى هذه الحالة يدل على الإذن والرضا بالتصرف ، فوجب أن تجرى عليه أحكام صريح الإذن ، قياساً على الإشارات المعهودة من الأخرس .

٢/١٦٣ وإنما قلنا ذلك - لأننا لو لم نجعل السكوت إذناً ، لصار المولى / تاركاً للواجب ، لأن اشتغال العبد بالتصرف من غير إذن المولى حرام ، لما فيه من صرف منافع المولى إلى غير مصرفه ، فوجب على المولى منعه ونبيه ، لأن النهى عن المنكر (١) واجب عند الإمكان ،

(١) فى الأصل كنا « المكر » . وسيأتى بعد قليل : « المنكر » .

فدل ترك النهي على أن تصرف العبد ليس بحرام ، ولا يكون ذلك إلا برضاه ، فكان السكوت دليل الرضا ، فوجب أن تجرى عليه أحكام صريح الإذن ، لأن الناس يظنونهم مأذونا في التجارة ، بناء على هذه الدلالة ، فيباعونه ويعاملونه ، فلو لم تجز (١) عليه أحكام الإذن ، يؤدي إلى إتواء (٢) حقوقهم ، وذلك حرام .

فإن قيل : قولكم بأن اشتغال العبد بالتصرف من غير إذن المولى حرام ، فوجب على المولى منعه - قلنا : هذه الحرمة تثبت حكما للشرع أم حقا للعبد ؟ ع م - ولكن لم يجب على المولى المنع عن تصرف حرم لحقه ، وهذا يؤدي (٣) بوجوب استيفاء حقه ، وليس كذلك .

ولئن سلمنا أنه حرام ، ولكن تزول هذه الحرمة بعفو المولى ، فلا يجب عليه المنع لا محالة .

ولئن سلمنا أن نهي المنكر واجب ، ولكنه واجب على الكفاية ، فلا يأنم بتركه أو هو واجب موسعا ، فلا يأنم بتركه في الحال ؟ .

ولئن سلمنا أنه واجب علينا ، ولكن لم قلتم بأن السكوت دليل الرضا ، بل يحتمل الرضا والسخط ، والظاهر هو السخط ، وإن سكوت ؟

ولئن سلمنا أنه دليل الرضا ، لكن لم قلتم بأنه يجزى عليه أحكام صريح الإذن ؟ .

(١) في الأصل : « محرى » .

(٢) في الأصل : « انوا » وفي المعجم الوسيط : تَوَي المال تَوَي ذهاب فلم تَرَج . ويتكلم فقهاء الحنفية على التوى في الحوالة فيقولون : التوى لغة هو التلف والملاك والى الشرع عند أى حنيفة يكون بأحد أمرين : ١ - أن يجهد المأجل عليه الحوالة ويحلف ولا يئنه عليه للمحال ولا للمحلى . و ٢ - أن يموت مقلبا بأن لم يترك مالا يفي بالمحال به لا عينا ولا دينا ولا كفيلا عنه بدين المأجل . وعند الصاحبين هما وثالث وهو أن يحكم الحاكم بالفلاسه ، (أى حال حياته - انظر بحثنا : الحوالة في المذهب الحنفى ، حولى كلية الشريعة بجامعة قطر ، العدد الرابع ، ١٤٠٥ - ١٩٨٥ ، ص ٥٠١ .

(٣) هذه الكلمة غير ظاهرة في الأصل . وفي المعجم الوسيط : أذَى بكنا تضرر به ونألم منه . ولعلها « يؤذن » ولعل المراد : يلزمه .

قوله : لو لم يجر يؤدي إلى الضرر بالناس - قلنا : يكفيكم هذا القدر في التعليل ، فكان مستدركا .

ثم نقول : لا نسلم بأنه يؤدي إلى الضرر بالناس ، لأن الظاهر أنهم لا يعاملونه بهذا القدر ، بل يرجعون إلى المولى فيستخبرونه .

١/١٦٤ ولكن سلمنا أن في أحكام الإذن دفع الضرر عن الناس - ولكن في الإذن / ضرر بالمولى فوق التعارض .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - إذا رأى عبده يتزوج فسكت ، لا يصير مأذونا في التزويج .

ومنها - إذا رأى إنسانا يبيع ماله ، فسكت - لا يصير مأذونا .

ومنها - المرحمين إذا رأى الراهن يبيع المرهون والمستأجر ، إذا رأى الآجر يبيع المستأجر ، فسكت - لا يكون إذنا .

دل عليه : أنه لا يصير مأذونا في التصرف الذي باشرو ، حتى لا ينفذ بالإجماع ، ففى غيره أولى .

الجواب :

قوله : تصرف العبد حرام حقا للشرع أو حقا للمولى ؟ - قلنا : لا حاجة إلى التقسيم ، بل إذا ثبت كونه حراما ، يجب على المولى المنع ، لقوله تعالى : ﴿ قوا أنفسكم وأهليكم نارا ﴾ ^(١) وقوله عليه السلام : « من رأى منكرا فليغيره بيده - الحديث » .

قوله : تزول هذه الحرمة بعفو المولى - قلنا : أثر العفو في رفع الإثم بعد وجود القبيح ، والواجب هو المنع عن القبيح حتى لا يوجد .

(١) التحريم : ٦ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا وقودها الناس والحجارة عليها ملائكة غلاظ شداد لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يُؤمرون ﴾ .

قوله : هو واجب على الكفاية - قلنا : لا نسلم ، بل واجب على التعيين ، لأن المولى وقف عليه وقدر على منعه ، فيتعين لذلك .

قوله : واجب موسع - قلنا : لا ، بل مضيق ، لأن الخير لا يؤخر .

قوله : بأن السكوت دليل السخط - قلنا : الواجب عليه المنع ، لما مر . فإن عجز يكتفى بإظهار السخط ، وهو لم يعجز .

قوله : لم يجرى عليه حكم^(١) صريح الإذن ؟ قلنا : كى لا يؤدى إلى الضرر بالناس . وما ذكر من الاستدراك فمفتوح ، لأن السكوت إذا لم يكن دليلا على الإذن والرضا ، فالناس لا يعاملونه . ولو فعلوا كان الضرر حاصلا باختيارهم ، فلا يجب دفعه . ولو كان السكوت إذنا ، لا يكتفى لإثبات حكم المسألة ، لأنه دون صريح الإذن ، فيكون دليلا قاصرا ، فلا يبنى عليه الحكم .

قوله : لا يعاملونه ، بل يراجعون إلى المولى - قلنا : لا نسلم ، بل يعاملونه / وليس ٢/١٦٤ كل أحد يمكنه المراجعة إلى المولى في الاستخبار .

وأما المعارضة - قلنا : دفع الضرر عن الناس أولى لوجهين : أحدهما - أن ضرر المولى مقابل بموضع وهو ملك المبيع . والثاني - أنه خاص بضررهم عام ، فكان أولى بالدفع .

وأما إذا رآه يتزوج : [ف] فيه اختلاف^(٢) المشايخ ، فيمنع .

وأما إذا رأى غيره يبيع ماله - فلأن في نفاذه ضرر بالمالك قطعا ، لزوال ملكه .

وأما المرتع والمستأجر - قلنا : لا يجب عليهما النهي ، لعدم التكر ، لأن العين في أيديهما .

وأما التصرف المباشر - فهو على هذا الخلاف .

(١) في المتن : « أحكام » وصحح في الهامش إلى « حكم » .

(٢) في الأصل كنا : « اختلاف » .

١٨٥ - مسألة : الصبي العاقل المأذون له في التجارة إذا باع أو اشترى أو آجر أو استأجر ينفذ تصرفه . وعنده لا ينفذ تصرفه . ولو تصرف قبل إذن المولى ينعقد عندنا ، ولا ينعقد عنده .

والوجه فيه - أن هذا تصرف عمليك ، في محل قابل للتملك ، فوجب أن يثبت الملك ، قياسا على البالغ .

وإنما قلنا ذلك - لأنه قصد إيقاعه تملكيا والشرع جمعه بسبيل من ذلك ، فيقع تملكيا .

والدليل على القصد - الصيغة الموضوعة له .

والدليل على إذن الشرع - احتياجه لهذا المعنى ، [ف] ثبت في حق البالغ .
فإن قيل : ما ذكرتم إن دل على جواز تصرف الصبي ، ولكن هنا دليل يأبى ذلك .
وذلك : [أولا] - أن الشرع أسقط اعتبار عقل الصبي في حق التصرفات الضارة والدائرة بين الضرر والنفع ، كالطلاق والعناق والإقرار بالدين والهبة ، نظرا له ، والبيع تصرف دائر بين الضرر والنفع ، لما فيه من زوال المبيع وملك الثمن ، فلا يجعل للصبي إهلاكه . والثاني - أننا لو نفذنا تصرف الصبي امتنع تنفيذ تصرف الولي في هذا المحل ، ومصلحة تصرف الولي أعظم ، فقواتها يكون ضررا - دل عليه أنه مولى عليه قبل الإذن وبعبء ، وذلك دليل المعجز .

١/١٦٥ ولو تصرف / قبل الإذن - ثم بلغ فأجاز ، لا ينفذ ، ولو كان بسبيل منه نفذ ، كالعبد إذا أعتق .

الجواب :

قوله : الشرع أسقط اعتبار تصرفات الصبي - قلنا : لا نسلم .

أما الطلاق - فالصبي لا يقف على تمام مصالحه ، لأن بعض مصالح النكاح والطلاق يتعلق بقضاء الشهوة ، والصبي لا يقف على ذلك ، ولأنه يشتمل على ضرر ظاهر . ولهذا لو باشر الولي في حقه ، لا ينفذ ، بخلاف البيع .

وهو الجواب عن العتاق والإقرار بالدين والمهبة .

قوله : بأن المصلحة المتعلقة بتصرف الولي أعظم - قلنا : لا نسلم ، بل لا تفاوت بينهما ، لأن الكلام في الصبي العاقل ، على أن الولي إن كان أكمل منه عقلا ، فالصبي أوفر شفقة .

قوله : إنه مولى عليه قبل الإذن وبعبه - قلنا : بلى ، ولكن ولاية الولي كما يجوز أن تبقى لعجز المولى عليه ، يجوز أن تبقى للمعنى وهو تتميم النظر .

وأما إذا باشر التصرف قبل البلوغ وأجاز بعد البلوغ - فالصحيح أنه ينفذ ، بخلاف العبد . والفرق أن تصرف العبد انعقد على وجه ينفذ على المولى بإجازته ، وتصرف الصبي انعقد على وجه ينفذ عليه بإجازة الولي ، فافترقا من هذا الوجه . والله أعلم .

١٨٦ - مسألة : ربة العبد المأذون بتباع بدين التجارة . وعنده : لا تباع .

وعلى هذا الخلاف : أرض يد العبد ، وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش - عندنا : يصرف إلى الدين . وعنده : لا يصرف .

والوجه فيه - أن القول بتعليق الدين برقة العبد استيفاء دفع لأعلى الضررين بحمل أدناهما ، فوجب المصير إليه ، قياسا على دين الاستهلاك .

وإنما قلنا ذلك - لأن في تعليق الدين برقة العبد إن كان نوع ضرر المالك بإزالة ملكه / عن الرقة ، لكن في المنع عن التعليق ضرر بالبايع ، بالامتناع عن إبقاء^(١) حقه في الثمن ، وضرر المالك دون ضرر البايع ، لأن ضرر المالك يقابله نفع ، وهو ملك المبيع ، لأن المبيع يدخل في ملكه ، وضرر البايع لم يقابله هذا النوع من النفع ، فكان أعلاهما ، وكان أولى بالدفع ، كما قلنا في دين الاستهلاك ، بل أولى لأن ثمة : ضرر المالك لم يقابله هذا النوع من النفع ، فكان مثل ضرر المثلث عليه ، فههنا أولى .

(١) في الأصل كنا : « ابقا » .

فإن قيل : قولكم بأن ضرر المالك دون ضرر البائع - قلنا : لا نسلم ، بل ضرر البائع دون ضرر المالك - بآنه من وجهين : أحدهما - أن البائع متى أقدم على المبايعة مع العبد مع علمه بعهزه ، فقد رضى به ، والضرر المرضى به أخف . والثاني - أن ضرر البائع ضرر تأخير حقه ، لأنه يصل إلى حقه في الثاني بكسب العبد ، وضرر المالك ضرر فوات حقه عن رقة العبد ، وضرر التأخير دون ضرر الإبطال .

ولئن سلمنا أن هذا الضرر ليس دون ذلك الضرر ، لكن لم قلتم بأن ضرر البائع فوق ضرر المالك ؟

قوله : بأن ضرر المالك قَاتِلُهُ نفع ، وهو ملك المبيع - قلنا : لا نسلم بأن المبيع يدخل في ملكه ، وإنما يدخل المبيع في ملكه إذا لم يكن على العبد دين ، وهذا عليه دين ، فلا يدخل في ملكه .

والدليل على صحة ما ذكرنا - الأحكام :

منها - أنه لا يتعلق دين التجارة ، قبل الإذن ، برقبته ، وإن صدقه المولى .

وكذا بعد الإذن ، ما دام الكسب قائما .

وكذا لو فضل الدين عن الكسب ، لا يتعلق الفاضل برقة العبد .

الجواب :

قوله : بأن ضرر البائع دون ضرر المالك - قلنا : لا نسلم .

قوله : بأنه رضى به - قلنا : لا نسلم ، وكيف يجوز أن يدعى هذا وإنه باشر البيع ورضى / بزوال ملكه عن المبيع الذي تعلقت به مصلحة بقاءه لمساس حاجته إلى الوصول إلى الثمن - فهذا يدل على أنه لا يرضى بزوال ملكه عن المبيع إلا بشئ يوفى من كل محل يمكن إيفائه منه ، ورقبة العبد يمكن إيفاء دينه منه ، فيتعلق به . ١/١٦٦

قوله : ضرر البائع ضرر التأخير - قلنا : ضرر التأخير دون ضرر الإبطال إذا لم يكن مقابلا بمعرض . أما ضرر التأخير ، إذا لم يقابله عوض ، [ف] فوق ضرر الإبطال إذا

قابله عوض ، وهنا قابله نفع ، وهو ملك المبيع .

قوله : المولى إنما يملك المبيع إذا لم يكن على العبد دين - قلنا : إنما لا يملك إذا كان عليه دين مستغرق للكسب والرقبة جميعا ، فنفرض الكلام فيما إذا لم يكن مستغرقا .

وأما دين التجارة قبل الإذن - قلنا : شراء العبد قبل الإذن لا ينفذ في حق المولى ، ولا يوجب ملك المبيع له ، فلا يوجب حقه في الضرر .

وأما حال قيام الكسب - إنما لا يتعلق بالرقبة ، لأنه أمكن دفع ضرر البائع بدون ضرر المولى .

وأما إذا فضل الدين - قلنا : الفضل لا يظهر في الحال ، لأن هذا القدر من الكسب يصلح لقضاء كل قدر من الدين على البذل .

والله أعلم .

كتاب الجنائيات

١٨٧ — مسألة : موجب العمد هو القصاص عينا . وليس للولى أخذ الدية بغير رضا القاتل . وله فيه قولان : فى قول : الواجب أحدهما لا بعينه وللولى خيار التعيين . وفى قول : الواجب هو القصاص عينا ، لكن للولى ، حق إسقاط القصاص وأخذ الدية بغير رضا القاتل^(١) .

وثمرة اختلاف قوله تظهر فى عفو الولى وموت القاتل : فعلى قول التخيير : يأخذ المال فى الموت لا فى العفو . وعلى قول التعيين : يأخذ المال فى العفو لا فى الموت . ٢/١٦٦

والوجه فيه — أن موجب القتل العمد شرع لإعدام الضرر الواقع بالقتل العمد ، والقصاص أبلغ فى إعدام هذا الضرر ، فتعين موجبا .

وإنما قلنا ذلك — لأن أخذ المال أو القصاص ضرر ، والضرر لا يشرع إلا لدفع الضرر .

وإنما قلنا : إن القصاص أبلغ فى إعدام الضرر — لأن الضرر الواقع بالقتل ضرر توجه الهلاك إلى الورثة ، لأن من قتل الإنسان يقصد قتل أوليائه ، لأنهم يقصدون قتله ، طلبا للتشفى ، فيقصد هو قتلهم ، دفعا للهلاك عن نفسه ، فيتوجه سبب الهلاك نحو الأولياء ، فيجب دفع هذا الضرر عنهم ، والقصاص أبلغ فى إعدام هذا الضرر ، لأنه متى قتل القاتل انقطع احتمال حصول القتل من جهته ، وبالمال لا ينقطع ، فكان أولى ، فيتعين .

(١) قال السرقرندى فى التحفة : ٣ : ١٤٢ - ١٤٣ : « أما الجنابة فى النفس الموجبة للقصاص فنوع واحد وهو القتل العمد المحال عن الشبهة — وهذا عندنا . وقال الشافعى : فى قول يجب به أحدهما : إما القتل أو الدية والخيار إلى الولى . وفى قول : الواجب هو القصاص عينا لكن للولى حق العدول إلى المال من غير رضا القاتل » .

فإن قيل : هذا تعليل في معرض النص ، فيكون باطلا . والنص ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال في حديث : « ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين : إما أن يقتل وإما أن يفدى » - أخرجه البخاري ومسلم في صحيحهما .

ثم نقول : قولكم بأن القصاص أبلغ في إعدام الضرر - قلنا : إعدام هذا الضرر واجب حقا لولى القتل أم حقا عليه ؟ م ع - يانه : وهو أن القصاص واجب حقا له ، فيكون بسبيل من استيفائه وتركه ، وبسبيل من دفع هذا الضرر من كل وجه أو من وجه .

ولئن سلمنا أنه أبلغ في إعدام الضرر ، ولكنه أبلغ في كونه ضرا ، فوهم التعارض .
ولئن سلمنا أنه أبلغ ، ولكن لم قلّم بأن الضرر هنا ضرر توجه القتل نحو الأولياء ؟ .
قوله : لأن كلاّ بهم يقتل صاحبه - قلنا : الظاهر أنهم يتقادون للشرع ، وإن لم يتقادوا ، فالسلطان يدفعهم .

والدليل على أن القاتل لا يقصد قتل الأولياء أن / الكلام فيما إذا عفوا عن القتل ، فلم يتوجه القتل نحوهم ؟

ولئن سلمنا أن سبب الهلاك يتدفع بالقصاص ولكن في المال حياة المقتول معنى ، لأنه ينفذ منه وصاياه ويقضى منه ديونه .

ثم التعليل معارض بالكتاب والسنة والمعقول والحكم :

أما الكتاب - [ف] قوله تعالى : ﴿ فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه ﴾ (١) أثبت المصير إلى الدية عند العفو مطلقا .

وأما السنة - فما روينا .

(١) البقرة : ١٧٨ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾ .

وأما المَقْبُول - وهو أن في بذل المال الصيانة عن الهلاك ، فوجب أن يكون كل
بسييل منه .

وأما الحكم - [ف] أجمعنا على أن من قطع يد إنسان ويد القاطع شلاء أو ناقصة
الأصابع ، كان له حق اختيار الدية من غير رضا القاطع .

الجواب :

أما الحديث : قالوا معناه - والله أعلم - إن شاعوا أخذوا الدية برضا القتال ، إلا أنه
لم يذكر الرضا صريحا ، لثبوته عادة .

قوله : دفع الضرر واجب حقا لولى القتل أم عليه ؟ قلنا : حقا عليه ، لأن دفع
الضرر عن الغير كما هو واجب ، فدفع الضرر عن نفسه ، لا سيما ضرر الهلاك ،
واجب ، ولا يباح له تحمله .

قوله : بأن القصاص إن كان أبلغ في إعدام الضرر ، لكنه أبلغ في كونه ضررا -
قلنا : بلى ، ولكن ضرر القصاص لا يبال به ، لوجهين : أحدهما - أنه مشروع
بالإجماع . والثاني - أن من عليه القصاص جان وظالم ، فلا يبال بالإضرار به .

قوله : الظاهر من حال القتال أن لا يقصد قتل الأولياء - قلنا يقصد قتلهم ، لأنه
تعين مدغما للهلاك عنه ، وليس له ظاهر حال .

وأما دفع السلطان - فالظاهر أن أمثال هؤلاء لا يبالون بخوف السلطان ، بل يسهون
في دفع القتل عن أنفسهم في الحال .

٢/١٦٧ قوله : الكلام فيما إذا عفوا عن القتل ، / فلا يتوجه الهلاك نحوهم - قلنا : عفوهم
إن كان يدل على انعدام القتل ، لكن امتناع القتال من بذل المال وبذله لنفسه دليل على
أنه عرف من حال الولي أنه يأخذ ماله ويقتله .

قوله : في المال حياة المقتول معنى - قلنا : هذا أمر محتمل : وقد يكون للمقتول دين

[يوفى] (١) وقد لا يكون ، ودفع الهلاك عن الورثة بأبلغ الوجوه أهم ، فيتعين القصاص .

وأما الآية - قالوا ، والله أعلم - المراد منها القصاص بين شريكين عفا أحدهما - وبه نقول .

وأما الحديث - فالجواب عنه ما ذكرنا .

وأما المعقول - قلنا : أثر هذا في أن يجب البذل على القاتل ، لا في حل الأخذ بهذين رضاه .

وأما ما ذكر من الحكم - قلنا : يتعين القصاص به موجبا ، لكن ثبت حق العدول إلى المال ، لأن الأصل في اليد هو السلامة ، فكان سلامة اليد مستحقة ، ويظهر هذا الاستحقاق في حق العدول إلى المال ، فإذا عجز عن استيفاء اليد . سالمة يتخير - أما ههنا بخلافه (٢) .

والله أعلم .

١٨٨ - مسألة : شريك الأب لا يجب عليه القصاص . وعنده : يجب . وأما شريك الخاطيء وشريك السبع (٣) وشريك الصبي والمجنون وشريك نفسه - عندنا : لا يجب . وهو الظاهر من مذهب الشافعي . وبعضهم يمنعون .
والوجه فيه - أن الموجود من الشريك ليس بقتل ، فلا يجب عليه القصاص ، كشريك الخاطيء .

(١) هذه في الأصل كلمة غير مقروءة فهي هكذا : « سوحه » - راجع المسألة فيما تقدم (ص ٤٦٧) .

(٢) راجع : السمرقندي ، التحفة ، ٣ : ١٤٣ .

(٣) كنا في الأصل - انظر : التحفة ، ٣ : ١٤٢ وما بعدها .

وإما قلنا ذلك - لأن المقتول واحد ، والمقتول الواحد لا يفعل فيه إلا قتل واحد ، لأن القتل اسم لمعنى يحل المحل ، فيوجب كونه مقتولا ، كسائر الحوادث .

دل عليه - أن المحل يوصف بكونه مقتولا ، فلا بد أن تكون هذه الصفة راجعة إلى معنى يحل المحل ، لأ [ن] موجب العلة يختص بمحل العلة ، ثبت أن القتل معنى في المحل يوجب كونه مقتولا ، / وكونه مقتولا لا يتعدد ، فالمعنى الموجب كذلك لا يتعدد أيضا ، ثبت أن القتل واحد ، والقتل الواحد إذا جعل فعلا لهذا ، لا يمكن جمعه (١) فعلا للآخر ، لأن الفعل الواحد لا يكون فعلا لفاعلين في حالة واحدة بجهة واحدة ، فلا يكون فعل الشريك وحده قتل ، فلا يجب عليه القصاص ، لقوله عليه السلام : « لا يحل دم امرئ مسلم (الحديث) » (٢) .

فإن قيل : قولكم بأن المقتول واحد ، فلا يفعل فيه إلا قتل واحد - قلنا : على سبيل المقارنة أم على سبيل التعاقب ؟ ع م - ونحن نسلم أن الشخص إذا صار مقتولا مرة ، لا يصير مقتولا ثانيا . ولكن الكلام في أنه هل يتصور أن يصير مقتولا دفعة واحدة من جهة شخصين ، فيكون كل واحد منهما قاتلا على سبيل الكمال ، وهذا لأن القتل فعل أجرى الله العادة بفوات الحياة عقيبه ، فجاز أن يوجد من كل واحد منهما ذلك . قوله : بأن القتل معنى يحل المحل - قلنا : لا نسلم ، بل القتل فعل القاتل لا صفة المقتول .

والدليل على أن فعل كل واحد منهما قتل ، أننا أجمعنا على أنه لو حلف لا يقتل فلانا ، فقتله مع غيوة يحنث في يمينه .
والدليل عليه فعل الأجنيين : فإن فعل أحد الأجنيين ألحق بالقتل ، سدا لباب الظلم والعدوان (٣) - قلنا هذا .

(١) كانت العبارة في المتن : « .. لهذا لا يكون فعلا للآخر » ثم صححت في الهامش بقوله : « لا يمكن جمعه ... » .

(٢) إلا بإحدى ثلاث : الشيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة - انظر بلوغ المرام ، رقم ٩٩٠ و ٩٩١ ص ١٧٩ .

(٣) في الأصل قلنا : « المدلول » - انظر ما يلي ص ٤٧٥ و ٤٨١ .

الجواب :

قوله : لا يفعل في المحل إلا قتل واحد على المقارنة أم على التعاقب ؟ قلنا : على المقارنة والتعاقب جميعا ، لما ذكرنا : أن القتل صفة في المحل ، وهي صفة الجملة لا الأجزاء ، حتى لا يلزمنا الضرب والكسر : فكون الشخص مقتولا لا يتعدد . فكلنا موجه لا يتعدد ، لا على المقارنة ، ولا على التعاقب .

٢/١٦٨ قوله : بأن القتل اسم لفعل القاتل - قلنا : لا نسلم ، فإن القتل مما يوجب صفة / المحل ، وهو كونه مقتولا ، وفعل القاتل قائم به ، فكيف يوجب صفة في المحل ؟ إلا أن فعل القاتل تحصيل لذلك المعنى ، كالتحريك تحصيل الحركة التي تحل المحل - كذا هنا .

وأما إذا حلف لا يقتل ، فقتل مع غيره - قلنا : هو غير قاتل حقيقة ، إلا أنه قاتل عرفا ، والمعتبر في باب الأيمان هو العرف .

وأما فعل الأجنيين - قلنا : خص عن قضية النص لمعنى - ذلك المعنى لم يوجد هنا . بيانه - أن القتل بصفة الاجتناع من الأجانب يكثر وجوده - أما مثل هذا القتل [ف] لا يكثر وجوده .

والله أعلم .

١٨٩ - مسألة : الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفاء . وعنده : لا يقتل اكتفاء ، غير أنه إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأول اكتفاء وتجب الديات للباقيين . وإن قتلهم على المقارنة : له فيه قولان - في قول : يقتل بالواحد غير عين ، ويجب ديات الباقيين مشتركة بينهم . وفي قول : يقرع ، فيقتل من خرجت قرعته ، وتجب الديات للباقيين .

والوجه في ذلك - أن قتل الواحد بالجماعة في معنى قتل الواحد بالواحد ، فوجب الاكتفاء به .

وإنما قلنا ذلك، لأن قتل الواحد بالواحد شرع لمعنى الزجر ولمعنى الجبر :
أما معنى الزجر - فهو أن يعلم أنه إذا قتل يقتل ، للزجر عن القتل - وهذا المعنى
موجود في الصورتين .

وأما معنى الجبر - فلأنه إذا قتل القاتل يندفع توجهه لهلاك نحو الورثة ، وهذا المعنى
أيضاً موجود في الصورتين ، فوجب أن لا يجب المال ، لأنه لو وجب لا يخاف : إما أن
يجب لمصلحة شرع القتل لها ، أو لمصلحة أخرى : لا وجه للأول - لأن تلك المصلحة
صارت مستوفاة بالقتل . ولا وجه للثاني - لأن الشرع لم يجمع بين / مصلحة أخرى
وبين المصلحة المستوفاة بالقتل ، بدليل أنه لم يجمع بينهما في قتل الواحد بالواحد
والجماعة بالواحد . ١/١٦٩

فإن قيل : قولكم بأن معنى الزجر أن يعلم أنه إذا قتل يقتل ، وهو موجود في
الصورتين - قلنا : لا نسلم بأنه موجود في صورة النزاع ، وهذا لأن الإنسان ما لم يقتل
أحداً إذا تأمل أنه يقتل الواحد أو الجماعة ، يقتل ، يتمتع عن قتل الكل . أما إذا قتل
الواحد واستحق قتله مرة لا يتمتع عن قتل غيره خوفاً من استحقاق القتل لوقوع
المهلوس .

ولئن سلمنا أن القتل زاجر عن قتل الجماعة ، لكن يتصور الزيادة عليه في
الزجر ، بضم المال إليه ، فوجب ضم المال تحقيقاً بأبلغ الوجوه .

ولئن سلمنا أنه لا يجب لمعنى الزجر ، لم لا يجب المال لتحصيل معنى الجبر ؟ .
قوله (١) : لأنه لو وجب : إما أن يجب لمصلحة شرع القتل لها ، أو لمصلحة
أخرى - قلنا : لم لا يجب لمصلحة أخرى ؟ .

قوله : لأن الشرع لم يجمع بين مصلحة القتل ومصلحة أخرى - قلنا : لا نسلم .
وأما فصل : الواحد بالواحد والجماعة بالواحد - قلنا : ثمة وقع الاكتفاء بالقصاص

(١) في الأصل : « قوله قوله » .

على خلاف قضية الدليل ، لأن الدليل يقتضى شرع القصاص لمعنى الزجر ، وشرع المال لمعنى الجبر بإعادة الحياة معنى بواسطة المال ، إلا أننا عدلنا عن قضية هذا الدليل عملاً بالنصوص المتضمنة للمماثلة ، أما ههنا [فـ] لا مماثلة من (١) قتل الواحد وقتل الجماعة ، فلا يدخل تحت النصوص ، فيجب ضم المال إليه بقضية الدليل - دل عليه قطع بمعنى رجلين فإنه لا يكتفى بالقطع .

الجواب :

قوله : الإنسان ما لم يقتل ، فإذا تأمل أنه بالقتل يقتل ، ينزجر . أما إذا قتل واستحق قتله ، لا ينزجر - قلنا : هذا خلاف العادة ، فإن العادة المستمرة أن من توجه نحوه الهلاك ، بسبب يتكلف لدفع ذلك عن نفسه ، لا أن يباشر / أمثال ذلك ، وهذا ٢/١٦٩ لأن قتله ، وإن استحق ، ولكن القتل ليس بمقتضى بل رجاء العفو ثابت ، ولا كذلك إذا كثرت الأسباب .

قوله : يتصور الزيادة عليه في الزجر بضم المال - قلنا : الزجر الحاصل بالقتل يبلغ مبلغاً لا يظهر الزجر الحاصل بالمال في مقابلته ، لأنه إن كان يتمتع بشرع القتل ، فلا حاجة إلى شرع المال . وإن كان لا يتمتع بشرع القتل ، فضم المال إليه لا يتمتع أيضاً . قوله : لم لا يجب المال لتحصيل الجبر ؟ - قلنا : لأن الشرع لم يجمع بينهما في قتل الواحد بالواحد .

قوله : ثم وقع على خلاف قضية الدليل - قلنا : لا نسلم بأن الأصل أن يكون الحكم على وفاق الدليل والفقه فيه ، وهو أنه لا يمكن دفع الضرر الحاصل بالقتل العمد العدوان من كل وجه ، لأن إعادة حياته غير ممكن والمنافع المتعلقة بالحياة ليس لها حد مضبوط ، والمنفعة المقدرة بالدية منفعة مقدرة معينة لا يتبدى إليها [لـ] بالرأى والقياس ، فالتأني للدية هذا الوجه .

(١) قلنا في الأصل : « من » .

وأما فصل الأطراف - قلنا : حكم الأطراف خلاف حكم النفوس^(١) ، لأن الأطراف يسلك فيها مسلك الأموال ، لكونها وقاية للنفس ، ولأنها تنجزاً ، وقتل النفس لا تنجزاً ، فافترقا .

وهذا أس مسألة الأيدي : لا تقطع يد واحدة قصاصاً .

والوجه فيه - أن الموجود من كل واحد منهم قطع بعض اليد ، فلا يستحق على كل واحد منهم قطع كل اليد .

وإنما قلنا ذلك - لأن اليد في حق القطع متجزئة ، لأن لها نصيباً وربما وثلاً وغير ذلك ، وقد وجد منهم قطع كل اليد ، فكان الحاصل بفعل كل واحد منهم قطع بعض اليد ضرورة ، وإذا كان كذلك لا يجب على كل واحد منهم قطع كل اليد ، لأن قطع كل اليد يزيد على قطع بعض / اليد في الجنابة ، فلا يكون بينهما ماثلة ، فلا يشرع عملاً بالنصوص^(٢) المتقتضية للماثلة . ١/١٧٠

فإن قيل : لا نسلم بأن اليد متجزئة في حق هذا القطع .

ولئن سلمنا أنها متجزئة ، ولكن لم قلّم بأنه لم يوجد من كل واحد منها قطع كل اليد . وهذا لأن الكلام فيما إذا وجد من كل واحد منهما فصل صالح لإبانة^(٣) كل اليد ، لأن الكلام فيما إذا أدخلنا سكيناً واحداً وأمرنا بها .

والدليل على أن كل واحد منهما قاطع كل اليد أننا أجمعنا أن المحرمين إذا قطعاً طرف صيد الحرم ، يجب على كل واحد منهما جزاء كامل ، لوجود كل القطع من كل واحد منهما - كذا هذا .

ولئن سلمنا أن الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد ، لكن لم لا يستحق على كل واحد منهما قطع كل اليد .

(١) هنا نقطة مكنا : « • » .

(٢) هنا نقطة مكنا : « • » .

(٣) أبان الشيء - فصله وأبعده - المعجم الوسيط .

قوله : المماثلة شرط - قلنا : ولم قلّم بأنّه لا مماثلة بين الأطراف والطرف الواحد فيما يرجع إلى القصاص - بيانه أن بين الأنفس والنفس الواحدة مماثلة في حق القصاص ، فيكون بين الأيدي واليد الواحدة مماثلة في حق القصاص ، لأنّ التساوى في الأصل يقتضى التساوى في الفرع .

ولئن سلمنا أنه لا مماثلة بينهما ، ولكن لو شرطنا المماثلة يؤدي إلى فتح باب الظلم والعدوان ، فلا يشترط ، كما في النفوس .

ولئن سلمنا أن المماثلة معينة ، ولكن عدلنا لا نبرم يجب على كل واحد منهما قطع نصف اليد ، إلا أنه لا يمكن ، فيكمل ، كما في سرقة العبد .

الجواب :

قوله : لم قلّم بأن اليد متجزئة في حق هذا القطع - قلنا : لأن المعنى به أنها بالقطع تنقطع جزءاً فجزءاً .

قوله : لم قلّم بأنّه لم يوجد من كل واحد منهما قطع كل اليد ؟ - قلنا : لأن إضافة كل الفعل إلى كل واحد منهما والحالة هذه / غير ممكن .

٢/١٧٠

وأما المحرمان إذا قطعاً طرف صيد الحرم - قلنا : كل واحد منهما قطع بعض اليد أيضاً ، إلا أنه يجب على كل واحد منهما جزاء كاملاً ، لأن الجزاء موجب الجنابة على الإحرام ، وكل واحد منهما جان على الإحرام .

قوله : لم يجب على كل واحد منهما قطع كل اليد - قلنا : لأن المماثلة شرط .

قوله : لم قلّم بأنّه لا مماثلة بين الأطراف والطرف الواحد - قلنا : لأن قطع كل الطرف في الإضرار فوق قطع بعض الطرف .

قوله : بأن بين النفس والأنفس مماثلة - قلنا : لأن المقصود من القصاص في الأطراف غير المقصود من القصاص في الأنفس ، على أننا نقول : إزهاق الروح لا يتجزأ ، أما قطع اليد [ف] يتجزأ ، فافترقا .

قوله : شرط المائلة يؤدي إلى فتح باب الظلم والعنوان - قلنا : لا يؤدي ، لأن القطع بصفة الاجتاع ينذر وجوده ، بخلاف القتل بصفة الاجتاع ، فإنه يكثر وجوده .
قوله : عندنا يجب على كل واحد منهما قطع نصف اليد إلا أنه لا يمكن فيكمل - قلنا : يلزم من هذا أن يكون البعض تبعا للبعض في حق سقوط العصمة ، وإنه لا يجوز ، بخلاف المبدأ إذا سرق فإنه تقطع يده لقوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما .. الآية ﴾ (١) .

١٩٠ - مسألة : إذا ضرب إنسانا بالسوط الصغير ووالى في الضربات ، حتى مات ، لا يجب عليه القصاص (٢) .

والوجه فيه - أنه هذا قتل تمكن الخلل في عمديته ، فلا يكون سببا للقصاص ، قياسا على ما إذا جرحه خطأ ثم عمدا .

ولما قلنا ذلك - لأن احتمال حصول القتل بالضربة الأولى والثانية قائم ، لأن من الجائز أنه أصاب المقتل في الضربة الأولى والثانية ، فأقضى إلى قوات الحياة . وعلى / هذا التقدير كان القتل لا بصفة العمدية ، لأن الضربة والضريتين لا يدلان على القصد ، إذ لا يقصد بهما القتل ، بل التأديب وغيره . ومن الجائز أن القتل حصل بالمؤالة (٣) .

(١) المائلة : ٣٨ - ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ﴾ .

(٢) قال في التحفة ، ٣ : ١٤٨ - ١٤٩ : « وأما الثاني (أى القتل شبه العمد) فهو القتل بآلة لم توضع له ، ولم يحصل به الموت غالبا ، مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ، فإنه يوجب المال دون القصاص بالإجماع .

فأما القتل بالعصا الكبيرة وبكل آلة يحصل بها الموت غالبا لكنها لا تنجرح : فعند أى حنيفة هو شبه العمد لا يوجب القود . وعندهما يوجب القود - وهو قول الشافعي .

وعلى هذا إذا ضرب بالسوط الصغير ووالى في الضربات حتى مات : لا يجب القود عند أى حنيفة . وعندهم يجب . والمسألة معروفة » .

(٣) في الأصل : « بالمؤالة » . وفي المعجم الوسيط : والى بين الأمرين مؤالة وولاء تابع .

وعلى هذا التقدير كان القتل بصفة العمدية ، فاحتمل أنه عمد ، واحتمل أنه ليس بعمد ، فتمكن الخلل في العمدية ، فتمكنت الشبهة ، فلا يجب القصاص ، أقوله عليه السلام : « ادبروا الخلدود بالشبهات »^(١) .

فإن قيل : قولكم بأنه تمكن الخلل في عمدية هذا القتل -- قلنا : لم قلتم بأن شرط وجوب القصاص القتل الذي تمحض عمدا ، بل القتل الذي يثبت فيه أصل العمدية يصلح أن يكون سببا للقصاص بدليل النصوص والمعقول :

أما النصوص -- [ف.] قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾^(٢) وقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتل ﴾^(٣) إلى غيرها . وأما المعقول^(٤) -- وهو أن مبنى القصاص على الحياة بطريق الجزر والجبر ، وإنه موجود هنا .

ولئن سلمنا أن العمد بصفة الكمال شرط ، لكن الشرط اقتران العمدية بما هو قتل غالبا أو بما هو قتل محتملا : الأول -- مسلم ، ولكن لم قلتم بأنه لم يوجد . والثاني -- ممنوع . بيانه : أن حصول القتل بالضربة والضربتين أمر نادر والموالة^(٥) في الضرب قتل غالبا ، فيشترط وجود العمدية في هذه الحالة ، وإنه موجود هنا ، فقد وجد اقتران العمدية بما هو قتل غالبا إن لم يقترب بما هو قتل نادر ، وذلك يكفي لوجوب

(١) انظر بلوغ المرام ، رقم ١٠٤٤ ص ١٩١ وفيه روايات أخرى . وسبل السلام ، ٤ : رقم ١١٤٩ ص ١٢٨٧ - ١٢٨٨ .

(٢) الإسراء : ٣٣ - ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا ﴾ .

(٣) البقرة : ١٧٨ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعمد بالعمد والأنتى بالأنتى ... ﴾ .

(٤) في الأصل كنا - « وأما المعقول » .

(٥) في الأصل كنا : « والموالة » راجع فيما تقدم المامش ٣ ص ٤٧٦ .

القصاص ، بدليل أن من قطع يد إنسان ثم حرز^(١) رقبته عمدا ، يجب عليه القصاص .

٢/١٧١ ولئن كان ما ذكرتم موجودا ، ولئن سلمنا أن اقتران / العمدية بالضربات كلها شرط ، لكن لم قلتم بأنه لم يوجد ؟ .

قوله : لأن الضربة والضريتين يستعملان للتأديب لا للقتل - قلنا : نعم ، إذا اقتصر عليهما ، أما^(٢) إذا ولى فلا ، والكلام فيما إذا أخذ في الضربات وولى فيها حتى مات ، فكان قصد القتل موجودا من الأولى ، فيجب القصاص .
الجواب :

قوله : لم قلتم بأن شرط وجوب القصاص القتل الذى تمحض عمدا ؟ - قلنا : لأن القصاص من أعلى العقوبات في الدنيا ، فلا يستحق إلا بمجانبة محضه ، ولا تتمحض إلا بوصف العملية .

وأما ما ذكره [من] النصوص - [ف] عمومات خص منها القتل الخطأ ، وقتل العصى والمجنون وغير ذلك ، فيخص المتنازع فيه ، بما ذكرنا .

قوله : مبنى القصاص على الزجر والجبر - قلنا : بلى ، ولكن كل واحد منهما يقف على العمدية .

قوله : الشرط اقتران العمدية بما هو قتل غالبا ، أو بما هو قتل محتمل^(٣) - قلنا : بما هو قتل غالبا أو قطعاً ولم يوجد ، لأن القتل قطعاً أو غالبا إنما يحصل بمجمل من الضربات لا بضربة أو ضربتين ، وقد شككنا في وجود العمدية عند ذلك الجملة ، فلا تثبت العمدية بالشك ، بخلاف ما إذا قطع يده ثم حرز^(٤) رقبته ، لأن حرز الرقبة قتل

(١) في الأصل كذا : « حرز » وحزره صانه . وحزره حَزًّا قطعاه ولم يفصله وحزره أكثر فيه الحَزْرَ واحتره حزه ويقال احتر السياف رأسه قطعاه - المعجم الوسيط وسيأتى فيما جهد قوله « حرز » .

(٢) في الأصل : « أم » .

(٣) في الأصل : « محتملا » .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش ١ .

قطعا ، وقد اقترنت به العمدية قطعا من غير احتال .

وبه خرج الجواب عن بقية السؤال ، لأنه وإن ولى في الضربات ، لا يتبين أنه قصد القتل من ابتداء ، لاحتمال أنه قصد التأديب عند كل عدد ثم حدث له القصد إلى القتل بعد^(١) ذلك .

١٩١ — مسألة : من له القصاص في الطرف إذا استوفى / الطرف وسرى إلى ١/١٧٢ النفس ومات - يضمن دية النفس . وعندهم : لا يضمن^(٢) .

والوجه فيه - أنه قتل آدميا معصوما مضمونا بضمان معلوم ، فيجب عليه ضمانه ، قياسا على ما إذا قتله ابتداء خطأ .

وإنما قلنا إنه قتل - وذلك لأن القتل اسم لفعل يلزمه فوات الحياة عادة ، والكلام في القطع السارى الذى لم يتصل به البرء حتى تزايد^(٣) وأفضى إلى زهوق الروح وإنه قتل - بدليل أنه لو وجد هذا الفعل ابتداء ، كان موجبا للقصاص .

وإنما قلنا : إنه معصوم ، لأن سبب العصمة قائم ، ودليلها قائم^(٤) ، وهو الدار والإسلام . فلو سقطت العصمة إنما تسقط بجنايته ، وجناته مقتضية لقطع اليد ، لا القتل ، فيكون معصوما في حق القتل .

وإنما قلنا إنه مضمون - لأن المعنى من ذلك أن له ضمانا معلوما ، وهو الدية إذا امتنع القصاص .

(١) في الأصل : « بعد » .

(٢) وكنا في النسخة ، ٣ : ١٤٧

(٣) في الأصل الكلمة غير واضحة . وفي الهامش كلمة كأنها « مال » ولم يوضح مكانها في المتن .

(٤) « ودليلها قائم » وردت في الهامش . ومعها كلمة ونصف غير ظاهرة . ولعل هذه العبارة بعد كلمة « والإسلام » .

فإن قيل : قولكم ^(١) بأنه قتل آدميا - قلنا : لا نسلم بأنه قتل .

قوله : بأن القتل اسم لفعل بلازمه فوات الحياة عادة - قلنا : لا نسلم أن فوات الحياة ملازم ^(٢) لهذا الفعل عادة . وهذا لأنه محتمل : يحتمل أن فوات الحياة حصل لداء في باطنه ، أو لشيء آخر نفي ^(٣) عند القطع ، فلا يلازمه فوات الحياة عادة ، بخلاف جز الرقبة ، فإنه يلازمه فوات النفس والحياة عادة . ولهذا شرع قطع اليد حدا في باب السوقة ، ولو كان فوات الحياة ملازما له عادة أو غالبا ، لما شرع حدا .

ولكن سلمنا أنه قتل ، ولكنه قتل بطريق السراية ^(٤) لا بطريق البداية ، وإنما يجعل قتلا موجبا للضمان إذا كانت السراية مضافة إلى البداية ، وإنما تكون مضافة إذا كانت موافقة للبداية . أما إذا كانت مخالفة فلا - / ألا ترى أن من حفر بئرا على قارعة الطريق ، فوقع فيها إنسان ومات ، يضاف إليه ، حتى يضمن . ولو حفر في دار نفسه فتصدى إلى أرض جاره أو أوقد ^(٥) نارا في داره فتعدى إلى دار جاره لا يضمن ، لأنه مخالفة للبداية - كذا هذا ، لأن ابتداءه ^(٦) مباح ، لأنه حقه فلا يضمن - دل عليه أن الإمام إذا قطع يد السارق ، أو المأمور إذا قطع [يدا لأحد] ^(٧) فسرى ومات لا يضمنان . وكذا الفصاد والبراز والحجام ، لما قلنا ^(٨) - كذا هذا .

(١) « قولكم » وردت في الهامش دين إشارة إلى موضعها .

(٢) في الأصل : « يلازم » - انظر العبارة التالية .

(٣) نفقت الدابة نفوقا ماتت ونفق الجرح تفتّر - المعجم الوسيط .

(٤) سرى الجرح إلى النفس دام ألمه حتى حدث منه الموت - المعجم الوسيط .

(٥) في الأصل كلا : « أو أقد » فالواو في « أقد » ساقطة . وسيأتى في الجواب : « إيقاد النار » .

(٦) في الأصل كلا : « ابتداءه » .

(٧) في الأصل تلبو : « إذا قطع يد الأمر » . وفي التحفة ، ٣ : ١٤٧ : « والمأمور بقطع اليد ... » انظر فيما على الهامش ٢ ص ٤٨٢ .

(٨) انظر : التحفة ، ٢ : ٥٢٣ و ٣ : ١٤٧ .

قوله : لو وجد هذا الفعل ابتداء ، كان موجبا للقصاص - قلنا : الشرع ألحق غير القتل بالقتل في موضع الظلم ، سدا لباب العدوان ، فلا يدل على الإلحاق ههنا .

ولئن سلمنا أنه قتل ، ولكن لم نلّم بأنه قتل معصوما ، وبطلانه ظاهر ؟ لأن العصمة حرمة التعرض ، ولم تثبت هنا ، لأن القطع مطلق فيه ، وعين هذا (١) القطع قتل (٢) ، والسراية ليست في وسعه ، فلا يكون معصوما .

ولئن سلمنا بأنه قتل معصوما ، لم يجب الضمان .

وأما القياس على القتل الخطأ - قلنا : وجوب الضمان ثمة ثبت على خلاف القياس ، لانتفاء الماثلة ، فلا يتعدى إلى موضع النزاع .

الجواب :

قوله : لم نلّم بأن هذا الفعل يلازمه فوات الحياة ؟ قلنا : لأن الكلام في قطع لم يتصل به البرء وأفضى إلى خروج كل الدم وفوات الحياة .

قوله : محتمل - قلنا : ذلك احتمال موهوم ، لا أمانة عليه - دل عليه : أن هذا الاحتمال قائم في قتل النفس ، ومع هذا لم يعتبر ، والقطع وإن كان مشروعا في باب السرقة ، ولكن هذا لا ينفي كون الموت ملازما للقطع في البنية التي لا تحتمل أنه .

قوله : قتل بطريق السراية لا بطريق / البداية - قلنا : هذا الفعل قبل من الابتداء ، ١/١٧٣ لأن القتل فعل يؤثر في فوات الحياة عادة ، والفعل إنما يعرف بأثره ، فما لم يوجد تمام الأثر لا يعرف كونه قتلا أو كسرا ، وزمان الأثر قد يمتد .

قوله : هذه مخالفة للبداية - قلنا : إذا كان قتلا من الابتداء كانت العاقبة موافقة للبداية . بخلاف سقى (٣) الأرض ، وإيقاد النار في داره ، لأن ابتداءه مصادف للملكة .

وأما الإمام والمأمور (٤) والفصاد والبراز - قلنا : فصل هؤلاء وقع قتلا من الابتداء

(١ - ٢) في الأصل كلا : « هنا أقطع قبل » وقد تنطق « هنا أقطع قبل » .

(٣) الذي تقدم : « حفر » .

(٤) في الأصل هنا : « والمأمور » وقد سبقت « والمأمور » .

(طريقة الخلاف في الفقه - م ٣٩)

أيضا ، إلا أنهم لا يضمنون لأن النفس ليست بمعصومة في حق هذا القتل ، أما هنا بخلافه .

قوله : لم قلم بأنه معصوم - قلنا : لما ذكرنا .

قوله : العصمة عبارة عن حرمة التعرض - قلنا : ليس كذلك ، فإن حرمة التعرض أثر العصمة ، ويجوز أن يكون المحل معصوما ولا يحرم تعرضه كآل الغير عند الخمصة ، بل العصمة معنى شرعى في المحل يقتضى كونه محرم التعرض ويقتضى وجوب الضمان بمقابلته ، إلا أنه قد تمتنع هذه الأحكام للمانع . إلا أن العصمة لها أثران^(١) : أحدهما - حرمة الفعل ، وكونه بحال لو فعله يعاقب . والثاني - إيجاب الضمان بمقابلته إعداما للضرر ، وههنا دل الدلائل على انتفاء الأثر الأول تمكينا له من استيفاء القصاص فيبقى الأثر الثاني ، بخلاف الإلزام والمأمور^(٢) ، لأن الفعل واجب عليهما ، فلا يتقيد بالضمان ، والقصاص هنا ليس بواجب ، بل العفو مندوب ، فيجب الضمان .

قوله : وجوب الضمان في فعل الخطأ ثبت على خلاف القياس - قلنا : بلى ، ولكنه ٢/١٧٣ دافع للضرر به بوجه / من الوجوه ، فوجب أن يجب ههنا أيضا دفعا للضرر بقدر الإنسان .

١٩٢ - مسألة : من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ، ورأى ، ثم عفا عن النفس ، يضمن أرض اليد . وعندهم : لا يضمن^(٣) .

والوجه فيه - أنه قطع طرفا معصوما مضمونا بضمان معلوم ، فيجب عليه ، قياسا

(١) كلما تبلى وتكلم فيما بلى على : « الأثر الأول » و « الأثر الثاني » .

(٢) في الأصل : « وللمأمور » راجع فيما تقدم ص ٤٨٠ و ٤٨١ ولهامش ٤ من ص ٤٨١ قال في التحفة ، ٣ : ١٤٧ : « وأجمعوا أن الإلزام إذا قطع يد السارق أو البراغ أو الحتان والقصاص والمأمور يقطع اليد : إذا سرى فعلهم ، لا يجب عليهم شيء وهى تعرف في الخلائيات » .

(٣) وكذا في التحفة ، ٣ : ١٤٧ .

على ما إذا قطعه ابتداء خطأ ، وبيان الأوصاف ما ذكرنا في المسألة المتقدمة ، فلو سقطت العصمة إنما تسقط بجنايته وجناته القتل ، فيوجب سقوط عصمته في حق القصاص ، فيبقى معصوما في حق القطع . وبيان التأثير ما مر في المسألة المتقدمة .
فإن قيل : لا نسلم بأن الطرف معصوم في حق القطع .

قوله : بأن جنائبه أوجب سقوط العصمة في حق القتل - قلنا : بلى ، ولكن لم قلّم بأن سقوط العصمة في حق القتل لا يكون سقوط العصمة في حق القطع ، وهذا لأن القتل ليس إلا إتلاف النفس ، فإذا صار القتل حقا له صارت النفس في حق الإتلاف حقا له ، والنفس ليست إلا جملة هذه الأجزاء ، فتصير الجملة حقا له ، فلا يكون معصوما في حق قطع الطرف .

والدليل على أن سقوط العصمة في النفس يوجب سقوطها في الطرف ، أننا أجمعنا على أن الشهود إذا شهدوا على رجل بالقصاص في النفس ، ققطع من له القصاص طرفه ، ثم رجع الشهود ، ضمنوا ، والشهود إنما يضمنون ما تلف بشهادتهم ، فلولا أن الشهادة على النفس توجب تلف الطرف ، لما ضمنوا .

والدليل عليه أن من له القصاص في الطرف إذا / استولى الأصابع ثم عفا ، لا ١/١٧٤ يضمن أرض الأصابع ، والأصابع من الطرف بمنزلة الطرف من النفس - دل عليه أنه لو قطع ثم قتل قبل البرء لا يضمن . وكذا لو قطع وما عفا وما سرى وما برأ لا يضمن .
الجواب :

قوله : لم قلّم بأن سقوط العصمة في حق القتل لا يكون سقوطا في حق القطع - قلنا : لأن القتل غير القطع وعمله غير عمله ، فسقوطه لا يوجب سقوطه .

قوله : القتل إتلاف النفس ، فإذا صار القتل حقا له ، صار محل القتل حقا له ، وهي النفس بأجزائها - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - لا نسلم بأن كون القصاص حقا له يقتضى كون النفس حقا له ، لأن القصاص فعل ضرورى .

والثاني - إن كان النفس حقاً له ، لكن في حق فعل خاص ، وهو القتل ، لا في حق فعل آخر .

وأما مسألة الشهود - فهو غلى هذا الخلاف .

وأما مسألة الأصابع - قلنا : هو يستحق الكف والأصابع في الأصل ، لأن الإلتلاف ورد غلى الكل مقصوداً ، لأن الأصابع أصل لآلة البطش لا تبع - أما ههنا بخلافه .

وأما إذا قطع ثم قتله قبل البرء ، إنما لا يضمن لأن الطرف صار مستحقاً في حق القتل ، وهذا الفعل وقع قتلاً أو هو من جملة القتل ههنا .

وأما إذا قطع وما عفا وما برأ وما سرى ، لم يتبين أنه بغير حق ، لأن ذلك إنما يتبين بالبرء^(١) .

١٩٣ - مسألة : المشجوج^(٢) رأسه أو المقطوعة يده إذا عفا عن الشجة^(٣) والقطع ثم سرى إلى النفس ومات يضمن الشاج والقاطع دية النفس . وقالوا : لا يضمن^(٤) .

والوجه فيه - أن هذا قتل آدمي معصوم مضمون بضمان معلوم ، ولم يوجد العفو عنه / فيوجب الضمان ، قياساً على ما إذا انعدم العفو أصلاً وكان القتل خطأ .
ويبان وجود القتل والعصمة والمضمونية وبيان التأثير ما مر في مسألة سرية القود^(٥) .

(١) في الأصل : « بالبر » .

(٢ - ٣) شَجَّه شَجًّا شق جلد رأسه أو وجهه . ويقال شج رأسه وشجه في رأسه أو وجهه . والشجة الجراحة في الرأس أو الوجه أو الجبين - المعجم الوسيط .

(٤) وكلنا في التحفة ، ٣ : ١٤٧ - ١٤٨ .

(٥) القود القصاص - المعجم الوسيط .

وإذا قلنا . إنه لم يوجد العفو - لأنه لم ينص على العفو عن القتل ، بل عفا عن القطع أو عن الشجرة^(١) ، والقتل غير والشجرة غير ، والعفو عن فعل محين لا يكون عفوا عن غيره . وإذا انعدم العفو عن القتل يجب الدية .

فإن تقول : قولكم بأنه قتل - قلنا :^(٢) الشجرة والقطع قتل ابتداء أم بطريق السراية ؟ الأول - ممنوع ، ولا يمكن دعواه ، لأن الشجرة لا تكون قتلا . والثاني - مسلم : ولكن السراية مخالفة للبداية ، لأن البداية وقعت هدرا لمكان العفو ، فلا يضاف إليها - على ما مر .

ولئن سلمنا أن هذا الفعل قتل ، ولكن لم قلّم بأنه لم يوجد العفو عنه ؟ .

قوله : بأن العفو وجد عن القطع أو الشجرة - قلنا : بلى ، ولكن هذه الشجرة بعينها مبي القتل ، لأنها سارية ، والقتل ليس إلا الجرح السارى ، فكان العفو عنه عفوا عن القتل ، فصار كما إذا قال « عفوتك عن الجناية » ثم سرى ومات ، لا يجب الضمان - كذا هنا .

ولئن سلمنا أنه ليس بعفو عن القتل ، ولكنه عفو عن سبب القتل ، وهو القطع ، فيكون عفوا عن سببه ، فيكون عفوا عن حكمه ، وهو الدية .

الجواب :

قوله : القطع قتل ابتداء أم بواسطة إضافة السرى إليه ؟ قلنا : القطع قتل من حيث إنه إفضى إلى فوات الحياة ، ويان الكلام ما مر في مسألة سراية القود^(٣) . وقامه في مسألة شراء الأب ناوليا عن الكفارة^(٤) .

(١) في الأصل هنا نقطة كذا : « © » .

(٢) في الأصل كانت : قلنا : لا نسلم - الشجرة .. ثم شطبت كلمة « لا نسلم » .

(٣) راجع فيما تقدم المسألة ١٩١ ص ٤٧٩ وما بعدها .

(٤) راجع فيما تقدم المسألة ٧٧ ص ١٩٥ وما بعدها .

قوله : لم قلتم بأنه لم يوجد العفو عن القتل - قلنا : لما مر : أنه لم ينص على العفو .

قوله : عفا عن القطع ، / والقطع عنه قتل هنا - قلنا : لا نسلم ، بل هو غيره إلا ١/١٧٥

أنهما قد يتجاوزان ، فلا يكون العفو عن أحدهما عفو عن الآخر ، بخلاف ما إذا قال عفوئك عن الجناية ، لأن الجناية أمر عام يتناول القتل والقطع ، فكان عفو عن القتل .

قوله : القطع سبب القتل - قلنا : لا نسلم .

ولئن سلمنا ، ولكن العفو عن القطع إنما يكون عفو عن القتل أن لو صح العفو عن القطع ، ولم يصح ، لأن العفو عن القطع عفو عن موجب ، لأن إسقاط القطع محال ، فإذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً . إنما الثابت موجب القتل ، وهو كمال الدية ، فكأنه عفا عن أرض اليد ، والواجب دية النفس ، فلا يصح العفو عن القطع ، فلا يكون عفو عن القتل .

والله أعلم .

١٩٤ - مسألة : القصاص إذا كان بين صغير وكبير يتفرد^(١) الكبير بالاستيفاء .

وعندهم لا يتفرد .

والوجه فيه - أن ملك القصاص ثابت للكبير على سبيل الكمال ، فوجب أن يتفرد

بالاستيفاء ، قياساً على القصاص بين الكبيئين .

وإنما قلنا ذلك - لأن ملك القصاص لا يتجزأ ، وقد وجد سبب ثبوته لكل واحد

منهما على الكمال .

وإنما قلنا : إن ملك القصاص لا يتجزأ - لأن ملك القصاص معني يقتضي إطلاق

استيفاء القتل ، والقتل لا يتجزأ ، فملك القصاص لا يتجزأ ، ضرورة .

(١) تفرد بالأمر انفرد وانفرد بالأمر استبد ولم يشرك معه أحداً - المعجم الوسيط .

وإنما قلنا : إنه وجد سبب ثبوته لكل واحد منهما على سبيل الكمال - لأن البتة سبب لثبوت ملك القصاص على سبيل الكمال ، بدليل أنه سبب عند الانفراد .

وإنما قلنا : إنه ثبت ملك القصاص للكبير ، فإننا / أجمعنا على أنه يملك العفو ٢/١٧٥ والاعتياض ، وذلك يمتنى على الملك ، فكان^(١) الملك ثابتا للكبير على سبيل الكمال ، فينفرد الكبير بالاستيفاء .

فإن قيل : قولكم بأن ملك القصاص لا يتجزأ^(٢) - قلنا : استيفاء أم استحقاقا ؟ م ع - وهذا لأن استيفاءه إن كان لا يتجزأ ، ولكن استحقاقه يتجزأ ، لأن له آثارا متجزئة ، وهي الإرث وانقلابه مالا وغير ذلك .

ولئن سلمنا أن ملك القصاص لا يتجزأ ، ولكن لم قلّم بأنه وجد سبب ثبوته لكل واحد منهما على سبيل الكمال ؟ .

قوله : البتة سبب لثبوته على الكمال - قلنا : حالة الانفراد أم حالة الاجتماع ؟ م ع . بياحه - أن البتة جاز أن تكون سببا لاستحقاق الكل حالة الانفراد ، ولا تكون سببا حالة الاجتماع ، كما في الإرث ، فإن الابن الواحد المنفرد يستحق كل الميراث ، وإن كان معه ابن آخر يستحق النصف - كلا هذا .

ولئن سلمنا أنه وجد سبب الثبوت لكل واحد على الكمال ، ولكن لم قلّم بأنه أمكن إثباته ؟ . وبيان أنه لا يمكن - أنه متى ثبت لأحدهما على الكمال ، إما أن يثبت للآخر عين ما ثبت للأول أو غيره ، لا وجه للأول - لأنه لا يتصور ، لاستحالة أن يستوى هذا على الكمال وهذا على الكمال . ولا وجه للثاني - لأنه غير متعدد .

ولئن سلمنا أنه أمكن إثبات الكل لكل واحد ، ولكن أمكن أيضا أن يثبت الكل

(١) قد تكون في الأصل : « وكان » .

(٢) في الأصل : « لا يتجزى » . وكلاهما بل : « يتجزى » . وفي للمجم الوسيط : جزأه قسمه أجزاءً وجزأ به اجزأ .

للكل ، ويجعل الكل كشخص واحد ، فلم كان ما قلتم أولى مما قلنا ؟ وصار كالقصاص بين الحاضر والغائب ؟ .

الجواب :

قوله : ملك القصاص لا يتجزأ استيفاء أم استحقاقا ؟ - قلنا : استحقاقا ١/١٧٦ . واستيفاء ، لأن ملك القصاص / وصف في المحل يظهر في إطلاق الفعل ، وذلك لا يتجزأ .

قوله : لم قلتم بأنه [وجد] ^(١) السبب - قلنا : لأن السبب هو البتة .

قوله : ليس بسبب حالة الاجتماع - قلنا : إذا كان ذات ^(٢) البتة سببا ، فذاك لا تتفاوت بين الاجتماع والانفراد . إلا أن في باب الإرث : المستحق متجزئ في نفسه ^(٣) ، فأثبتنا النصف لهذا والنصف لذا - أما ههنا [ف] لا يمكن العمل بالسبب إلا بالطريق الذي قلنا .

قوله : لم قلتم بأنه أمكن إثباته لكل واحد على الكمال - قلنا : لأنه يمكن ذلك ، بأن يجعل استحقاق أحدهما عدما في حق الآخر شرعا ، وبهذا بطل ما ذكرتم من التقسيم ، لأن استحقاق أحدهما لم يظهر في حق الآخر .

قوله : كما أمكن إثبات الكل لكل واحد ، أمكن إثبات الكل للكل ويجعل الكل كشخص ^(٤) واحد - قلنا : بلى ، ولكن ما قلنا أولى ، لأنه أقل تغيرا ومخالفة للحقيقة ، لأن ما قلناه جعل كل واحد منهما عدما في حق تصرف الآخر ، وفيما قلتم

(١) في الأصل الكلمة غير واضحة ، فهي كنا : « ولأن » .

(٢) في الأصل كنا : « تاب » دون نقط .

(٣) العبارة في الأصل غير واضحة تماما .

١٧٦ / ١ في الأصل : « قد تكمن » لشخص » .

جعلهما شخصا واحدا وتعطيل أحد السبيين^(١) ، فكان ما قلناه أولى . وأما القصاص بين الحاضر والغائب - قلنا : احتيال العفو من الغائب ثابت وعلى تقدير العفو لا يتمكن الآخر من الاستيفاء - أما هنا ، [ف] احتيال العفو من الصغير ليس بثابت فافترقا .

١٩٥ - مسألة : القتل بالمثل دقا لا يوجب القصاص . وقالوا : يوجب .

والقتل بالمثل جرحا : عن أبي حنيفة روايتان . والأصح أنه يوجب .

والقتل بالحديد دقا : عن أبي حنيفة روايتان . والأصح أنه لا يوجب .

والوجه فيه - أن القصاص لو وجب لا يخلو : إما أن يستوى دقا ، أو يستوى جزا^(٢) / . لا وجه للأول ، لقوله عليه السلام : « لا قود إلا بالسيف »^(٣) - نفى القصاص بدون السيف . ولا وجه للثاني ، لأنه عدول عن المماثلة ، لأن الأول لم يجرح والثاني يجرح ، والمماثلة شرط لقوله تعالى : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾^(٤) إلى غيرها من النصوص . وإذا انتفى الأمران ، لا يجب القصاص .

فإن قيل : لم قلتم بأنه لا يستوى القصاص دقا ؟

وأما الحديث - قلنا : الباء^(٥) كما تستعمل للآلة تستعمل للمسببة ، فيحتمل أن

(١) « السبين » غير واضحة تماما في الأصل .

(٢) انظر فيما تقدم الماش ١ ص ٤٧٨ .

(٣) قال في سبل السلام ، ٣ ، في رقم ١٠٩١ ص ١١٩٢ : « .. واحتجوا بما أخرجه الزرار وابن عدى من حديث أبي بكرة عنه رضي الله عنه أنه قال : « لا قود إلا بالسيف » إلا أنه ضعيف - قال ابن عدى طرقه كلها ضعيفة ... »

(٤) الشورى : ٤٠ - ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين ﴾ .

(٥) في المعجم الوسيط : الباء من معانيه الاستعانة ، مثل كتبت بالقلم . والمسببة مثل أخذ بلذنه . والظرفية نحو : ﴿ لقد نصر الله يدك ﴾ . والإصاق ونحوه مثل : مسكت بالقلم وأخذت برأيتك . والقسم مثل أقسم بالله . وتكون للصدية مثل : ذهبت به .

يكون معناه : لا قصاص إلا بسبب القتل بالسيف .

ولئن سلمنا أنه لا يستوفى دقا - لم قلّم بأنه لا يستوفى جرحا ؟ .

قوله : بأن ذلك عدول عن الماثلة المشروطة بالنصوص - قلنا : لا نسلم بأن النصوص تقتضى اشتراط الماثلة ، وهذا لأن الماثلة هي المشاركة في جميع الأوصاف ، وذلك يمتنع (١) على الماثلة بين المحلّين ، وإنه غير متصور بين الفعل الأوّل والثاني ، فيحتمل على المشاركة في بعض الأوصاف ، وقد وجد .

ولئن سلمنا أن هذه النصوص تقتضى اشتراط الماثلة ، لكن في وصف السيف والاعتداء ، لا في أوصاف آخر . وهذا الفعل سيفه من حيث هو قتل ، لا من حيث هو دق وكسر ، والفعل بماثله من حيث القتل - دل عليه أنه لا يعتبر الماثلة في عدد الجراحات وطول الجراحة وعرضها وبعدها وغورها وكونها بالسكين أو السيف أو المحدد من الخشب أو الحجر المحدد أو النار ، بل يجب القصاص في الكل ، مع ما ذكرتم . ولئن سلمنا أن الماثلة معتبرة ، ولكن في موضع لا يؤدى إلى فتح باب الظلم ، وههنا يؤدى إلى فتح باب الظلم والعدوان .

ثم التعليل معارض بما روى عن أنس بن مالك : أن جارية وجد رأسها مرضوخا (٢) بين حجرين / فقيل : من فعل هذا بك ؟ فلان ، فلان ، حتى ذكر يهودى فأومت (٣) برأسها ، فأخذ اليهودى ، فاعترف ، فأمر رسول الله ﷺ أن يرض (٤) رأسه بين

١/١٧٧

(١) في الأصل قلنا : « سى » دون أى نقط .

(٢) رَضَعَ به الأرض رَضْعًا ضرب بها - المعجم الوجيز والوسيط .

(٣) وما إليه يَمَأَ وثَقًا أشار فهو وامى وهى وائمة - أومأ إليه أشار - المعجم الوسيط . وفى بلوغ المرام « فأومأت » .

(٤) رَضَهُ رَضًا دقه جريشا أو كسره فهو مرضوض ورضيض - المعجم الوسيط .

حجرين. (١) وفي رواية « أن يهوديا قتل جارية على أوضاع (٢) فأقاده رسول الله ﷺ بها » - أخرجه الترمذى ومسلم في صحيحه .

الجواب :

قوله : الباء تستعمل للسببية أيضا - قلنا : حمله على السببية يحتاج إلى إدراج لفظ القتل ، وحمله على الآلة لا يحتاج ، فكان حمله على الآلة أولى .

قوله : المماثلة غير ممكن في جميع الأوصاف - قلنا : المماثلة من جميع الوجوه ممكن أم غير ممكن ؟ إن قال : ممكن ، يجب رعايتها ، عملا بالنصوص . وإن قال : غير ممكن ، كان المراد من النصوص المماثلة فيما يمكن ، لأن الشرع لا يكلف نفساً إلا سعيها .

قوله : بأن هذه النصوص تقتضى اشتراط المماثلة في وصف السيئة لا في أوصاف آخر - قلنا : بلى ، ولكن هذا الفعل سيئة من حيث إنه دق وكسر وإبلام ، فيشترط المماثلة فيما يمكن ، أما فيما لا يمكن فلا .

قوله : يؤدي إلى فتح باب الظلم وسد باب القصاص - قلنا : يسمى كذلك ، لأن القتل بهذه الآلة لا يقلب وجوده .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه السبابة (٣) إذ (٤) كان اليهودى ساعيا في الأرض بالفساد وكان يعتاد ذلك (٥) .

(١) انظر : بلوغ المرام ، رقم ٩٩٦ ص ١٨٠ . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩١ ص ١١٩٠ .

(٢) الأوضح حل من الدراهم الصحاح - مختار الصحاح .

(٣) سعى عدوه سببا وسبباً أسو - المعجم الوسيط . ويعد أن تكون « السياسة » .

(٤) في الأصل : « أو » راجع فيما بلى الخامس التالى .

(٥) قال في سبل السلام ، ٣ : في رقم ١٠٩١ ، ص ١١٩١ : « وحوار الخفية عن حديث أنس بأنه حصل في الرض الجرح أو بأن اليهودى كان عادته قتل الصياد فهو من الساعين في الأرض فسادا ... » .

١٩٦ - مسألة : شهود القصاص إذا رجعوا بعد الاستيفاء أو جاء المشهود بقتله حيا والشهود أقروا بالتعمد - لا يجب عليهم القتل^(١) .

والوجه فيه - أن قتل الشهود لا يساوى الجناية الموجودة منهم ، فلا يستحق عليهم .

٢/١٧٧ وإنما قلنا ذلك - لأن فوات الحياة في حق الشهود / يتعلق بحز^(٢) الرقبة ، بطريق العلة والإيجاب ، ولا يتوقف على اختيار أحد . وفوات الحياة في حق المشهود عليه يتعلق بوسائل وأفعال اختيارية : منها - حصول غلبة الظن للقاضى بصدقه . ومنها - قضاء القاضى . ومنها - اختيار الولي القصاص دون الدية . ومنها - مباشرة حقيقة القتل . ولا يخفى على أحد أن الأول في كونه جناية أقوى ، فلا يجب ، لأنه خالف النصوص المتقتضية للماتلة .

فإن قيل : ما ذكرتم^(٣) إن دل على عدم وجوب القصاص ، ولكن ههنا دليل يدل على وجوب القصاص ، وذلك لأن الموجود من الشهود قتل تسيباً ، وإن لم يكن مباشرة ، لأن فعلهم يفضى إلى زهوق الروح ، بواسطة تغلب وجودها ، لأنه يجب على القاضى القضاء ، وذلك بحمل الولي على الاستيفاء ، فيصير^(٤) الشاهد قاتلاً ، كالمكره ، بل أولى ، لأن إقدام المكره حرام ، وقضاء القاضى واجب ، فيكون الملائمة ههنا أكثر ، فيكون قتلاً معنى وتسيباً . ولهذا تجب الدية عليهم ، والدية حكم القتل ، فيجب القصاص بالنصوص المتقتضية للقصاص .

ولكن سلمنا أن الموجود منه ليس بقتل ، لكن لم قلتم بأنه لا يجب القصاص ؟

أما النصوص المتقتضية للماتلة ، فالاعتراض عليها ما مر في المسألة المتقدمة .

(١) وكذا في التحفة ، ٣ : ١٥٠ .

(٢) راجع فيما تقدم الهامش ١ ص ٤٧٨ و ٢ ص ٤٨٩ .

(٣) في الأصل كذا : « ملاذكر ثم » ولعلها : « ما ذكرتم » .

(٤) في الأصل كذا : « فيصير » .

ولكن القول بعدم وجوب القصاص سد لباب القصاص وفتح باب الظلم والعدوان .
ولأنهم أسقطوا عصمة المشهود عليه ، فوجب أن تسقط عصمتهم تحقيقاً للمماثلة .

الجواب :

قوله بأن فعل الشهود قتل معنىً وتسياً - قلنا عنه جوابان : أحدهما - لا نسلم / ١/١٧٨
بأنه قتل تسبياً ، لأن القتل تسبياً ما يفضى إلى زهوق الروح غالباً كإلجاء المكره ، وهنا
لا يفضى غالباً ، لأن القاضى غير مضطر فى ذلك ، وكذلك الولى لأن العفو مندوب ،
ووجوب الدية لا يختص بالقتل ، بل ليل أنه يجب الدية بقطع اليدين أو اللسان أو
المارن^(١) وغيرها . والثانى - إن كان الموجود منه قتلًا تسبياً ، ولكن يماثله القتل بطريق
المباشرة ، على ما ذكرنا .

والجواب عن اعتراضات المماثلة ، ما مر فى المسألة المتقدمة .
قوله : يؤدى إلى فتح باب الظلم - قلنا : لا نسلم ، وهنا لأنه لا يغلب وجود القتل
بهذا الطريق ، بل هو نادر جناً ، فلا يؤدى إلى ما ذكرتم .

قوله : بأنهم أسقطوا عصمة المشهود عليه - قلنا : فعل الشهود أوجب سقوط
العصمة بالوسائل ، وظلمهم بوجوب سقوط عصمتهم من غير واسطة اختيار القاضى .
والله أعلم .

١٩٧ - مسألة : الجمل^(٢) أو الصبى أو المجنون إذا صاب^(٣) على إنسان قتله
المصول عليه : يضمن . وعنده : لا يضمن .

(١) المارن من الأنف مالان منه - المعجم الوسيط .

(٢) فى الأصل كذا : « الجمل » وعليها علامة كأنها علامة شطب .

(٣) صال عليه صَولا وصلانا سطا عليه ليقهره . وصال الحمل ونحوه عَضَ . وصاله
مصالوة وصيالا وصيالة غالبه وتنافس فى الصول - المعجم الوسيط .

والوجه فيه - أنه أُتلفَ مالا متقوما معصوما حقا للمالكه ، فيجب عليه الضمان ،
قياسا على ما إذا أُتلف قبل الصيال .

وإنما قلنا ذلك - لأن المال هو المحل المد لإقامة مصلحة الآدمي حقيقة وشرعا ، وقد
وجد .

وأما كونه متقوما معصوما - فلما مر في مسألة إتلاف خمر الذمي^(١) . فلو
سقطت العصمة إنما تسقط بجناية المالك ولم توجد ، لأن الكلام فيه والتأثير ما مر في
مسألة إتلاف خمر الذمي^(٢) .

فإن قيل : قولكم بأنه أُتلف - قلنا : لا نسلم ، وهذا لأن الإتلاف فعل يضاف إليه
التلف - فلم قلتم بأن تلف الدابة يضاف إلى فعله . بيانه - أن التلف إنما يضاف / إلى
فعله إذا كان باختياره وهو مسلوب الاختيار من جهة غيره ، لأنه مضطر في الدفع ،
فكان كالمكره ، فكان كالألة ، فلا يكون متلفا ، فلا يجب عليه الضمان .

ولئن سلمنا أنه أُتلف - ولكن لم قلتم بأنه مال ؟ .

قوله : المال هو المد لإقامة المصالح - قلنا : بلى ، ولكن لم قلتم بأن الجمل^(٣) في
هذه الحالة بقي مالا على هذا التفسير ، وهذا لأن الصيال يخرج عن الانتفاع به والرغبة
فيه ، فلا يكون مالا في هذه الحالة .

ولئن سلمنا أنه مال ، لكن لم قلتم بأنه معصوم ، وظاهر أنه غير معصوم ، لأنه لا
يُحرم تعرضه في هذه الحالة بالإجماع .

ولئن سلمنا عصمة الصائل ، ولكنها معارضة بعصمة المصول عليه ولا يجتمعان .

ولئن سلمنا الأوصاف ، لكن لم يجب الضمان ؟

(١ - ٢) راجع فيما تقدم للمسألة رقم ١١٢ ص ٢٦٩ - ٢٧٠ .

(٣) في الأصل : « الجمل » راجع المامش ٢ و ٣ ص ٤٩٣ .

قوله : دفعا لضرر المالك - قلنا : إنما يجب الضمان دفعا لضرر الإلتلاف إذا كان بغير رضا المالك . أما إذا كان برضا المالك ، فلا يجب الضمان ، وههنا الإلتلاف برضا المالك ، ولأن الظاهر من حال المسلم أن لا يرضى بهلاك المصول عليه ، ولأنه مأذون^(١) من جهة الشرع في الإلتلاف لتعبيته مدفعا ، فلا يجب الضمان ، فصار كالحر إذا صال على إنسان ، والعبد وصيد الحرم ، فإنه لا يجب الضمان في هذه الصور ، لما ذكرنا - كلنا هنا .

والله أعلم .

الجواب :

قوله : لم قلتم بأن تلف الدابة مضاف إلى فعله ؟ - قلنا : لأنه ملازم لفعله ، فيضاف إليه .

قوله : إنما يضاف إليه إذا كان باختياره ، وهو مسلوب الاختيار - قلنا : هو باختياره ، لأنه قتلها بقصده واختياره ، لقيام الداعي إليه ، وهو صيانة نفسه .

وأما المكره - قلنا : المكره يصلح آلة للمكره حقيقة / أما المصول عليه ، [فـ]
لا يصلح آلة للدابة ، في قتل نفسه .

قوله : لم قلتم بأن الدابة في هذه الحالة بقيت مالا - قلنا : لأنها صالحة للمصالح والعيال غير مانع لها ، لأنه لا يدوم - دل عليه أنه لو قتله غير المصول عليه في هذه الحالة يضمن .

وبه خرج الجواب عن سؤال العصمة .

وأما المعارضة بعصمة المصول - قلنا : نحن عملنا بهما جميعا ، فقلنا برخصة الإلتلاف دفعا للهلاك عن المصول عليه رعاية لعصمته ، وقلنا : يكون الإلتلاف مقابلاً بالضمان رعاية لعصمة الدابة وحق المالك .

(١) في الأصل كلنا : « ما دين » وستأق بعد ذلك في الجواب .

قوله : الإتيان حصل برضا المالك ، فلا يوجب الضمان - قلنا : لا نسلم بأنه وجد رضا المالك بل الظاهر من حال العاقل أن لا يرضى بتلف ماله - غاية ما في الباب أنه مأذون شرعا فيرضى به ، ولكن الشرع أثبت رخصة الإتيان بشرط الضمان ، فالمالك يرضى على هذا الوجه .

قوله : بأنه مأذون من جهة الشرع - قلنا : ولكن بشرط الضمان ، رعاية للجاني^(١) . واعتبارا للعصمتين ، فيجب الضمان ، كتناول مال الغير عند المخمصة : يجوز بشرط الضمان - كذا هنا .

وأما الحر : إذا صال على إنسان ، قتلته المصبول عليه ، إنما لا يضمن ، لأن عصمته سقطت بالصيال ، والصيال جناية منه .

وكذلك العبد : سقطت عصمته .

وأما صيد الحرم : فلائن عصمته إنما تثبت بالشرع لحرمته أو لحرمه الحرم . ولكن إنما أثبتها الشرع مؤقتا إلى غاية الأذى من جهته ، فلا يبقى معصوما - أما ههنا بخلافه .

١٩٨ - مسألة : المسلم يقتل بالذمي قصاصا ، خلافا له .

والوجه - أن هذا قتل آدمي معصوم على جهة التعمد ، فيكون سببا للوجوب القصاص / قياسا على قتل المسلم بالمسلم .

٢/١٧٩

وإنما قلنا ذلك - لأن دليل العصمة ثابت ، وهو قوله تعالى : ﴿الذين لا يؤمنون بالله - إلى قوله - حتى يعطوا الجزية﴾^(٢) : أثبت إباحة القتل ممدودا إلى غاية قبول

(١) هنا في الأصل نقطة هكذا : « • » .

(٢) التوبة : ٢٩ - ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرّمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ . وكذا في الصفحة ، ٣ : ١٤٥ .

الجزية ، والحكم المملود إلى غاية تنتهى بوجود تلك الغاية ، فتنتهى الإباحة ، فثبت العصمة ، فتكون سببا لوجوب القصاص ، بالنصوص .

فإن قيل : تعليكم باطل بالنصوص :

منها - قوله تعالى : ﴿ لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ﴾ ^(١) . ولو قتل المسلم بالذمى ، كالذمى بالمسلم ، لثبت المساواة .

ومنها - قوله تعالى : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ^(٢) . وفى إيجاب القصاص إثبات السبيل .

ومنها - قوله عليه السلام : « لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد فى عهده » ^(٣) . قولكم بأنه قتل آدمى معصوم - قلنا : لا نسلم بأن الذمى معصوم .

وأما الآية - قلنا : انتهاء الغاية يوجب انتهاء الحكم المملود إلى الغاية - فلم قلتم بأن الحكم المملود إلى غاية قبول الجزية إباحة القتل ، بل الحكم إيجاب القتل ، لأنه أمر بالقتال ، فإذا وجد قبول الجزية ينتهى وجوب القتل ، أما لا تنتهى إباحة القتل .

ثم الدليل على انتفاء العصمة قوله تعالى : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ ^(٤) إلى غيرها من النصوص .

. ولئن سلمنا أن الذمى معصوم ، لكن مثل عصمة المسلم أم دونها ؟ ع م - وهذا

(١) الحشر : ٢٠ - ﴿ لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة أصحاب الجنة هم الفائزون ﴾ .

(٢) النساء : ١٤١ .

(٣) بلوغ المرام ، رقم ٩٩٥ ص ١٨٠ ، وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٠ ص ١١٨٨ .

(٤) التوبة : ٥ - ﴿ فإذا نبذ الخمر الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذلهم واحصروهم واقعدوا لهم كل مرصد فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم إن الله غفور رحيم ﴾ . وفى الأصل : « اقتلوا » .

لأن عصمة المسلم ثابتة بالإسلام ، وعصمة الذمي ثابتة بعقد الذمة ، فكان دونه ، فلا يجب القصاص . لكن القصاص يقتضي المساواة بينهما : أما من حيث العصمة فلما ذكرنا . ومن حيث الشرف والفضيلة أيضا . فصار كالمستأمن ، فأنا أجمعنا على أن المسلم لا يقتل بالمستأمن / وإن^(١) كان معصوما ، للتفاوت بين العصمتين - كذلك
هنا .

الجواب :

أما نصوص القرآن - [ف] قوله تعالى : ﴿ لا يستوى ... الآية ﴾^(٢) - قلنا : وجوب القصاص لا يوجب المساواة بينهما ، بدليل أن الله تعالى نفى المساواة بين العالم والجاهل بقوله : ﴿ قل هل يستوى الذين ... الآية ﴾^(٣) ، ومع هذا يقتل العالم بالجاهل ، ولأننا أجمعنا على أن المساواة ثابتة بين المسلم والذمي في قتل الخطأ في حق حكم الدية ، فعلم أن المراد نفى المساواة في حق أحكام الآخرة .

وأما الحديث - قالوا : المراد منه الحرب أو هو عام يخص منه البعض - لأننا أجمعنا على أن الذمي إذا قتل الذمي ثم أسلم ، يقتل به ، فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا . على أن هذه النصوص :

معارضة بما روي أن رسول الله ﷺ أقاد مسلماً قتل يهودياً ، وقال : « أنا أحق من ولي بلمته »^(٤) .

(١) في الأصل : « وإن وإن » - قال في الصفحة ، ٣ : ١٤٥ : « وأجمعوا أن المسلم لا يقتل بالمستأمن وكذلك الذمي » .
(٢) الحشر : ٢٠ .

(٣) الزمر : ٩ - ﴿ ... قل هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون إنما يتذكر أولوا الألباب ﴾ .
(٤) بلوغ المرام ، رقم ١٠٠٣ ص ١٨٢ : « وعن عبد الرحمن بن البيهقي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قتل مسلماً بمشاهد وقال : « أنا أولى من ولي بلمته » أخرجه عبد الرزاق هكذا مرسلًا ووصله الدارقطني بتكرار ابن عمر فيه ، وإسناد الموصول و« . وسبل السلام ، ٣ : رقم ١٠٩٩ ص ١٢٠١ - ١٢٠٢ .

ومعارضة بقوله : إذا قبلوا عقد الذمة فلهم ما للمسلمين^(١) وعليهم ما عليهم .

قوله : لم قلتم بأن الذمي معصوم - قلنا : لما تلونا من النص .

قوله : لم قلتم بأن الحكم الممنوع إلى غاية قبول الجزية إباحة القتل ، بل وجوب القتل - قلنا : عنه جوابان :

أحدهما - أن هذا الأمر يقتضى الإباحة دون الوجوب ، لأن قتل جميع الكفرة غير ممكن .

والثاني - أن قتلهم لم يكن مباحا بل واجبا . فإذا انتهى الوجوب ، لم تثبت الإباحة . على أن الإباحة ثابتة في ضمن الوجوب ، فإذا انتهى الوجوب تنتهى الإباحة . ضرورة .

قوله : ههنا دليل العصمة ثابت - قلنا : لا نسلم .

وأما قوله تعالى : ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾^(٢) - قلنا عام يخص منه قتل الذمي بالإجماع ، فإنه يحرم قتلهم بالإجماع . /

قوله : عصمة الذمي مثل عصمة المسلم أم دونها ؟ قلنا : مثلها ، لأن سبب ٢/١٨٠ العصمة النار ، ودليل العصمة التكليف .

قوله : عصمة المسلم ثابتة بالإسلام - قلنا : لا نسلم أن الثابت بالإسلام فوق الثابت بعصمة الذمة .

قوله : القصاص يقتضى التساوى ، ولا مساواة بينهما - قلنا : القصاص يقتضى التساوى بين القتيلين في وصف العصمة والحرمة الراجعة إلى الآدمية والحياة ، وفضيلة الإسلام فصل فيما يرجع إلى العصمة ، فصار كسرف العلم والجمال والصلاح والذكورة والعقل والبلوغ ، فإن التفاوت فيها لا يمنع القصاص .

(١) هنا في الأصل نقطة هكذا : « • »

(٢) التوبة : ٥ - راجع فيما تقدم الماش ٤ ص ٤٩٧ . وفي الأصل : « اقتلوا .. » .

وأما المستأمن - فلأن كفره يباعث على الحراب ، وهو قاصد للحقوق^(١) بدار الحرب وتوجيه الشر إلينا. - أما ههنا بخلافه .
والله أعلم .

١٩٩ - مسألة : الحر يقتل بالعبد قصاصاً . وعنده : لا يقتل^(٢) .

والوجه فيه - أن هذا قتل آدمي معصوم على جهة التعمد : فيكون سببا لوجوب القصاص ، قياسا على قتل الحر بالحر .

وبيان الوصف والتأثير ما ذكرنا في المسألة المتقدمة .

فإن قيل : قولكم إن هذا قتل آدمي معصوم - قلنا : هذا قتل آدمي من كل وجه ، أو قتل آدمي من وجه ، مال من وجه^(٣) ؟ ع م . وهذا لأن العبد مبتذل [وهو] محل لتصرف الغير ، معرض للبيع والشراء كالبهائم ، فلا يجب القصاص ، لأن القصاص أمر يخص بالآدمي إظهارا لخطره .

ولكن سلمنا أنه آدمي ، ولكن لم قلتم بأنه معصوم أو كان معصوما ، ولكن عصمته تثبت لحق المالك ، فصار كمصمة البهائم ، فلا يوجب القصاص .

١/١٨١ . ولكن سلمنا / أنه آدمي معصوم ، ولكن لم قلتم بأنه يجب القصاص ؟ وهذا لأن الداعي إلى إيجاب القصاص الزجر أو الجبر ، وذلك يمتنع على قصد^(٤) الأولياء والمعاداة وطلب التشفي ، وذلك منتف ههنا - دل عليه أن القصاص لا يتجزأ بين أطراف العبيد وأطراف الحر ، بالإجماع .

(١) في الأصل كنا : « الحق » .

(٢) قال في التحفة ، ٣ : ١٤٥ : « ولما قلنا : إن الحر يقتل بالعبد خلافا للشافعي . والعبد يقتل بالحر بالإجماع » .

(٣) « من وجه » أضيفت في الهامش . وستر بعد قليل في الجواب .

(٤) كلمة « قصد » غير واضحة القاف في الأصل .

ولكن سلمنا أنه وجد الداعى إلى إيجاب القصاص ، ولكن إنما يجب إذا أمكن ، وإنه لا يمكن استيفاء القصاص لاشتباه الولي ، لكن المولى لا يصلح وليا ، لأن الدم حق العبد لا حق المولى ، فصار كالمكاتب إذا قتله حر عمدا : لا يجب على الحر القصاص بالإجماع ، لما ذكرنا من اشتباه الولي - كذا هذا .

ثم هذا معارض بقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ (١) .

الجواب :

قوله : هذا قتل آدمي من كل وجه أم آدمي من وجه مال من وجه ؟ - قلنا : العبد آدمي من كل وجه ، لوجود خصائص آدمي وحد آدمية ، ووصف الملك لا يخل بوصف آدمية ، وليس من ضرورة كونه آدميا كمال أوصافه ، بدليل أن الطفل آدمي مع نقصان الأوصاف .

قوله : لم قلتم بأنه معصوم ؟ قلنا : لأن دليل العصمة قائم ، وهو ما ذكرنا .
قوله : عصمته ثبتت لحق المالك - قلنا : لا نسلم ، بل تثبت لحقه ولحق المالك جميعا ، فذاك يؤكد العصمة .

قوله : لم (٢) يجب القصاص ؟ - قلنا : بالنصوص .
وأما ما ذكر من الداعى - قلنا : ذاك حكمة شرع القصاص يراعى وجودها في الجنس دون الأفراد على ما عرف .
وأما فصل الأطراف : قلنا : هذا باطل بالشلاء ، فإن الصحيح لا يقطع بالشلاء ، ومع هذا يقتل نفسه بنفسه ..

(١) البقرة : ١٧٨ - ﴿ يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ... ﴾ .
(٢) كذا في الأصل : « لم » .

٢/١٨١ . على أنا نقول : طرف العبد / مال من كل وجه ، بخلاف طرف الحر .

قوله : لا يمكن استيفاء القصاص لاشتفاء^(١) الولي - قلنا : المولى وليه ، بدليل أنه يملك إنكاحه . وقال عليه السلام : « لا نكاح إلا بولي »^(٢) . ولو قتل العبد خطأ ، فالدية للمولى ، ولا تجب الدية إلا للمولى . والعبد إذا قتل - العبد ، فالمولى يستوفى القصاص ، فدل أنه ولي ، بخلاف المكاتب : إذا قتل عن ولاء ، لاختلاف الصحابة في حرته ، فيشتبه الولي^(٣) .

وأما الآية - قلنا : ذلك لا ينفي القصاص بين الحر والعبد ، بدليل أنه لا ينفي بين الذكر والأنثى .

٢٠٠ - مسألة : مباح الدم بأى سبب كان إذا التجأ إلى الحرم يصير آمناً عن القتل فيه والإخراج عنه للقتل . لكن يمنع عنه الطعام والشراب حتى يضطر إلى الخروج ، فيخرج فيقتل .
وعنده : لا يصير آمناً عن القتل والإخراج منه للقتل .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه ﴾^(٤) وفي قراءة ﴿ ولا تقتلوهم ﴾ نهي عن قتل الحرق بحضرة المسجد الحرام إلى أن يوجد منه القتل ، لأن كلمة « عند » للحضرة ، والنهي للتحريم ، وحضرة المسجد الحرام هو الحرم .

(١) في الأصل كنا : « لاشتفاء » . وفي المعجم الوسيط : اشتفى من عدوه بلغ ما يذهب غيظه منه . على ما قال الله تعالى : ﴿ يشف صدور قوم مؤمنين ﴾ التوبة : ١٤ .

(٢) بلوغ المرام ، رقم ٨٣٢ و ٨٣٣ ، ص ١٥١ . وسيل السلام ، ٣ : رقم ٩٢٠ و ٩٢١ ص ٩٨٧ - ٩٨٩ .

(٣) في الأصل : « فيشتبه » .

(٤) البقرة : ١٩١ - ﴿ ولا تقتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين ﴾ .

فإن قيل : لا نسلم بأن هذه الآية تقتضى حرمة القتل في الحرم .

قوله : بأنها تقتضى حرمة القتل بحضرة المسجد الحرام - قلنا : لا نسلم ، بل تقتضى حرمة القتل في المسجد الحرام . ونحن نقول : القتل في المسجد الحرام وفي سائر المساجد حرام .

قوله كلمة « عند » للحضرة - قلنا : لا نسلم ، بل كلمة « عند » للقرب ، إلا أن القرب قد يكون بالحضرة وقد يكون بالظرفية ، وههنا القرب بطريق الظرفية^(١) - دل عليه قوله تعالى : ﴿ ولا تقاتلوه عند المسجد الحرام حتى يقاتلكم فيه ﴾ / (٢) ١/١٨٢ أى في المسجد الحرام ، فيكون معناه « ولا تقتلوه في المسجد الحرام » .

ولئن سلمنا أن القتل عند المسجد الحرام حرام ، لكن لم قلّم بأن القتل [في] جملة الحرم حرام ، واخلاف فيه .^(٣)

ولئن سلمنا أن الآية تقتضى حرمة القتل في الحرم ، لكن لم قلّم بأنه [ل] تقتضى^(٤) حرمة الإخراج عنه للقتل ؟ .

ثم نقول الآية منسوخة بقوله تعالى : ﴿ واقتلوه حيث تقتضوهم ﴾^(٥) وما روى

(١) في المجمع الوسيط : « عند ظرف مكان للشيء الحاضر تقول : عندى مصحف إذا كان في البيت الذى أنت فيه . وللشيء القريب - تقول : عندى مصحف إذا كنت في مكان عملك والمصحف في بيتك وهما متجاوران مثلا . وللشيء الغائب تقول عندى مصحف : إذا كنت نملكه وهو غائب عنك كأن يكون مستعرا ... الخ » .

(٢) البقرة : ١٩١ - راجع فيما تقدم الآية في المامش ٤ ص ٥٠٢ ' ﴿ .. ولا تقاتلوه عند المسجد الحرام حتى يقاتلكم فيه ﴾ .

(٣) انظر ما على .

(٤) في الأصل « بأنه يقتضى » .

(٥) البقرة : ١٩١ . والنساء : ٩١ - ﴿ واقتلوه حيث تقتضوهم ﴾ .

عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ دخل مكة عام الفتح وعلى رأسه المعفرة (١) فلما نزعها جاءه رجل فقال « ابن خطل متعلق بأستار الكعبة ، فقال : اقلطوه » (٢) - أخرجه البخاري ومسلم - وفي الحديث : « إن الحرم لا يعضد عاصيا ولا يفار بدم ولا فارا بحزبة » (٣) .

الجواب :

قوله : بأن كلمة « عند » للقرب - قلنا : بلى ، ولكن لقرب مخصوص وهو القرب بطريق المجاورة ، لا الظرفية يقال : رأيت فلانا عند المسجد - يراد به ما ذكرنا ، لا الظرفية .

فأما قوله تعالى : ﴿ حتى يقاتلوك فيه ﴾ - قلنا : ظاهر النص يقتضى حرمة القتل في الحرم مملوذا إلى غاية القتال في المسجد الحرام ، وهذا يكفى .

قوله : لم قلتم بأن القتل في جملة الحرم حرام - قلنا : لأن النص يقتضى تحريم القتل في الحرم ، فيجب إجراؤه على إطلاقه .

(١) في مختار الصحاح : « وتغافر بفتح الميم حتى من قتلان لا ينصرف معرفة ولا نكرة كمساجد ، والهم تنسب الثياب المغافرة تقول ثوب مغافري - فصرفه » .

(٢) قال أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه : « غاتم النبيين » القسم الثاني ، رقم ٦٠٨ ، ص ١٢٠٩ - ١٢١١ « كان هذا العفو ، وهو قوله ﷺ لأهل مكة عند الفتح « اذهبوا فأنتم الطلقاء » الكتاب نفسه ص ١٢٠٧) الشامل لقريش أمانا لكل أهل مكة ، ودعا إلى ألا يقتل إلا نسعة ، أهدر رسول الله ﷺ دمه وأباح قتلهم ولو تعلقوا بأستار الكعبة وهم : عبد الله بن أبي السرح وعكرمة بن أبي جهل قبل إسلامه وعبد الله بن خطل والحارث بن نفيل بن وهب ومقيس بن صبابه وهار بن الأسود وقيتان لابن خطل كانتا تغنيان بهداء رسول الله ﷺ وسارة مولاة لبعض بنى عبد المطلب « أما عكرمة بن أبي جهل فقد أسلم وأما الآخرون فمنهم من أسلم ثم ارتد وقتل . ومنهم من استؤمن له من رسول الله ﷺ - راجع في بيان مصيرهم أستاذنا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، الكتاب نفسه ، ص ١٢١٠ - ١٢١١ .

(٣) في الأصل كلما : « بحزبه » .

قوله : لم قلتم بأنه^(١) يقتضى حرمة الإخراج - قلنا : نحن نتعلق بهذا النص لحرمة القتل ، وإنه مختلف فيه ، فيصح التعلق به - على أننا نقول : حرمة القتل إنما كانت لتعظيم الحرم - هذا المعنى موجود في الإخراج .
قوله : الآية منسوخة - قلنا : لا نسلم .

وأما قوله : ﴿ لا تقتلوهم حيث تقفتموهم ﴾ - فذاك مخصوص بما يليه وهو قوله : ﴿ ولا تقتلوهم ﴾^(٢) عند / المسجد الحرام^(٣) .
٢/١٨٢

وأما الحديث - قلنا : كان ذلك يوم فتح مكة . وقد قال عليه السلام : « إنما أحلت لي ساعة من النهار ثم عادت حرما »^(٤) .

والحديث الثانی - هو قول عمرو بن سعيد العاص فلا يكون حجة . على أن المراد منه من أنشأ الجنابة في الحرم ، فإنه يقتل فيه بالإجماع .
والله أعلم .

(١) « بأنه » غير واضحة في الأصل كلها .

(٢) « لا تقتلوهم » في الأصل : « ولا تقتلوهم » .

(٣) قال الشوكاني في فتح القدير ، ١ : ١٩١ : ﴿ ولا تقتلوهم عند المسجد الحرام ... ﴾ الآية - اختلف أهل العلم في ذلك : فذهب طائفة إلى أنها محكمة وأنه لا يجوز القتال في الحرم إلا بعد أن يتعدى بالقتال فيه فإنه يجوز دفعه بالمقاتلة له ، وهذا هو الحق . وقالت طائفة : إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى : - ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ويحجب عن هذا الاستدلال بأن الجمع ممكن ببناء العام على الخاص ، فيقتل المشرك حيث وجد إلا بالحرم . وما يؤيد ذلك قوله ﷺ : « إنما لم نحل لأحد قبل وإنما أحلت لي ساعة من نهار » وهو في الصحيح . وقد احتج القائلون بالنسخ بقتله ﷺ لأن خطئ وهو متعلق بأستار الكعبة . ويحجب عنه بأنه وقع في تلك الساعة التي أحل الله لرسوله ﷺ « وانظر المرجع نفسه ، ١ : ٤٩٦ في تفسير قوله تعالى : ﴿ ... واقتلوهم حيث تقفتموهم ﴾ .

(٤) راجع فيما تقدم الهامش السابق .

٢٠١ - مسألة : دية العبد المقتول خطأ لا يزداد على عشرة آلاف درهم ، بل ينقص منها عشرة . وتحملها العاقلة . وعنده : تبلغ إلى تمام قيمته ، ولا تحملها العاقلة ، كضمان سائر الأموال^(١) .

والوجه فيه - قوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾^(٢) - الله تعالى أوجب الدية بقتل المؤمن مطلقاً ، والعبد مؤمن ، فكان النص متناولاً له ، والدية ما تجب بمقابلة الدم ، لا ما تجب بمقابلة المال ، لأن الواجب بدلاً عن المال يسمى ضماناً ، لا دية ، إلا أن عصمة الحر فوق عصمة العبد ، وخطر الحر وشرفه أبلغ . ثم ضمان الحر لا يزداد على عشرة آلاف ، فإذا كان التفاوت بين الحر والعبد في المعنى المستدعي للضمان وهو العصمة والشرف ثابتاً ، [ف] لا بد من القول بنقصان ضمانه عن ضمان الحر ، فقلدنا النقصان بعشرة دراهم ، لأنه أدنى مال له خطر في الشرع ، ولهذا توقف القطع في باب السرقة عليه ، فنقصنا عن ضمانه عشرة ، عملاً بالمحطاط رتبته وذنو حاله .

فإن قيل : قولكم بأن الدية ما يجب بمقابلة الدم - قلنا : دية الحر أم دية العبد ؟ م ع - والواجب بمقابلة العبد / هو القيمة لا الدية . ١/١٨٣

والدليل على أن هذا الضمان وجب بمقابلة المال دون^(٣) الآدمي - المقول ، والأحكام .

(١) قال في الصفحة ، ٣ : ١٧٣ - ١٧٤ : « وأما في العبد إذا قتلته حر خطأ : فإن كان قليل القيمة فإنه يجب قيمته بالإجماع - فأما إذا كان كبير القيمة بأن زادت قيمته على دية الحر : قال أبو حنيفة ومحمد : يجب عشرة آلاف إلا عشرة . وقال أبو يوسف والشافعي : تجب قيمته بالغة ما بلغت ، إلا أن عند الشافعي تجب بمقابلة المالية . وعند أبي يوسف تجب بمقابلة الدم . ولهذا قال : مقدار الدية يجب على العاقلة ، ويجب مؤجلاً في ثلاث سنين ويدخل فيه الإبل كما قالوا - والمسألة مروية . وأما إذا قتلته عبد خطأ فإنه يجب الدفع أو الفداء » .

(٢) النساء : ٩٢ .

(٣) تبدو في الأصل كذلك .

أما المعقول - فهو أنا لو أوجبنا هذا الضمان بمقابلة الآدمي ، كان هذا الضمان مخالفا لسائر الضمانات ، لأنه لا يتقدر بقيمة المحل ولا يكون مثالا له . ولو أوجبناه بمقابلة المال ، كان موافقا^(١) لسائر الضمانات ، ولا شك أن الثاني أولى .

وأما الأحكام :

منها - أن الضمان وجب حقا للمولى ، والضمان إنما يجب حقا لمن كان المضمون حقا له ، والعبد حق المولى من حيث إنه مال ، لا من حيث إنه آدمي .

ومنها - أن حكم البيع يبقى في بدل العبد المقتول ، حتى إن العبد المبيع إذا قتل قبل القبض يبقى العقد منعقدا على القيمة ، والبيع إنما يبقى في بدل المبيع ، والمبيع هو المال .

ومنها - أن حكم الرهن يبقى في قيمة العبد .

ومنها - أن الراهن لو قتل العبد المرهون ، يجب عليه كمال قيمته ، ويكون رهنا .

ومنها - أن قيمة العبد إذا كان أقل من عشرة آلاف درهم ، يتقدر ضمانه بقدر قيمته لا بالدية^(٢) .

ولئن سلمنا أن هذا الضمان وجب بمقابلة الآدمي ، لكن لم قلتم بأنه ينقص عشرة^(٣) .

قوله - إظهارا لخطر الحر ودنائة العبد - قلنا : إظهار نقصان العبد كما يكون بنقصان العشرة ، فذلكم يكون يجعل المالية معيارا له ، إلحاقا له بالهائم ، فلم كان ما ذكرتم أولى مما ذكرنا ؟ بل ما ذكرناه أولى ، لأن له نظيرا في الشرع ، وهو قليل القيمة .

(١) في الأصل تشبه : « موافقا » .

(٢ - ٣) راجع فيما تقدم المامش ١ ص ٥٠٦ .

الجواب :

قوله : الدية ما يجب بمقابلة الدم : دية الحر أم دية العبد ؟ قلنا : لأن المنقول في اللغة أن الدية / بدل الدم لا بدل المال ، فإذا سُمي دية [فإنها] تقع عن الدم لا عن المال .

قوله : لو أوجبتنا هذا الضمان بمقابلة الآدمي ، كان هذا الضمان مخالفاً لسائر الضمانات - قلنا : بلى ، ولكن إيجابه بمقابلة الآدمي أولى ، لأن الآدمي أصل قائم بنفسه ، والمالية تبع قائم به ، ومعلوم أن تضمين الأصل أولى من تضمين التبع ، لأن الأصل إذا صار منجبراً بالضمان ، صار التبع منجبراً ، ولا كذلك على العكس .
وأما الأحكام :

قوله : بأن الضمان يجب للمولى - قلنا : بطريق الأصالة أم بطريق النيابة عن العبد ؟ ع م - وهذا لا يدل على أنه بدل المال كالتقصاص .

وأما حكم البيع والرهن - [ف] إنما يبقى ، لأن بقاء المبيع والرهن لا يستدعي قيام المحل لا محالة ، بل يعتمد قيام فائدة ما - ألا ترى أن الشاة المرهونة إذا ماتت ، بطلت ماليتها ، ويبقى الرهن حتى لو دبغ جلدها كان رهناً عنده .

وأما الراهن إذا قتل العبد المرهون - قلنا : دم العبد ليس بمضمون في حق المولى ، فكان الواجب هو القيمة - أما ههنا بخلافه .

وأما قليل القيمة - قلنا : ثمة الواجب بدل الآدمي ، وهو ضمان الدم أيضاً ، إلا أننا^(١) جعلنا المالية معياراً له ، لأنه أمكن ومست الحاجة إليه ، لأنه لا يؤدي إلى المساواة بين الحر والعبد أو الزهادة عليه^(٢) .

(١) في الأصل : « ان » .

(٢) « عليه » كأنها في الأصل كذلك .

قوله : لم قلم بأن المالية لا تجعل معيارا لهذا الضمان ؟ قلنا : لعدم الحاجة وعدم الإمكان .

قوله : يجعل المالية معيارا يظهر انحطاط رتبته - قلنا : بلى ، ولكن يؤدي إلى ارتفاع حاله وزيادة خطره بأن يزيد بدله على بدل الحر ، فكان ما ذكرناه أولى . والله أعلم .

٢٠٢ - مسألة : القتل / العمد لا يوجب الكفارة ، خلافا له . ١/١٨٤

والوجه فيه - قول الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ﴾ (١) - الله تعالى جعل الخلود في النار جزاء القتل العمد ، والجزاء اسم لما يكون كافيا ، وهذا ينفي وجوب شيء آخر ، إذ لو وجب شيء آخر لم يبق هو كافيا .

فإن قيل : لا يصح التمسك بهذه الآية في هذا الحكم ، لأن الآية نزلت في الكافر ، بقرينة ذكر الخلود واللعن والفضب . وقد قالوا : « متعمدا » معناه « مستحلا » فلا تتناول محل النزاع ، ولأن القصاص وحرمان الميراث أيضا جزاء للقتل العمد بالإجماع ، فبطل قولكم إن الجزاء اسم لما يكون كافيا .

ثم نقول : أجمعنا على وجوب الكفارة في القتل الخطأ ، فوجب أن يجب ههنا ، لأن الكفارة إنما وجبت ثمة لجبر الفألت ، وهو حق الله تعالى في النفس ، وهذا المعنى موجود هنا .

الجواب :

قوله : الآية في حق الكافر - قلنا : لا نسلم .

(١) النساء : ٩٣ - ﴿ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وفضب الله عليه لعنه وأعد له عذابا عظيما ﴾ .

وأما الخلود - قلنا :- الخلود قد يذكر ويراد به طول المكث لا التأيد ، إما بطريق الحقيقة أو بطريق المجاز .

وأما اللعن والغضب - فذاك عبارة عن الإبعاد من الرحمة ، وقد يكون ذلك مؤقتا ، فيستحقه القاتل العامد .

وأما وجوب القصاص وحرمان الميراث - قلنا : النص متى اقتضى كون النار جزاء للقتل ، فقد اقتضى كونه كافيا ، فإذا يقتضى نفى ما سواه ، إلا أن بعض الأشياء قد خص ، وهو القصاص وحرمان الميراث ، فبقى الباقي داخلا تحت النص ، فصار ، النص مع دلالة الإجماع ، مقتضيا كون النار مع القصاص وحرمان الميراث كُلاً موجباً للقتل . وهذا ينفي وجوب الكفارة .

٢/١٨٤ قوله : الكفارة / وجهت في الخطأ لجبر حق الله - قلنا : لا نسلم ، فإن الواجب وهو الكفارة ، شرع لرفع الذنب ، لا للجبر^(١) ، لأن الاسم ينشأ عن الستر لا عن الجبر . والمعنى المعقول في المسألة أن هذه جنابة مكفرة بالتوبة ، فلا يجب الاعتناق موجبا لها ، قياسا على سائر الجنابات المكفرة بالتوبة .

وبيان الوصف والتأثير والأسولة عليه والأجوبة عنها . - ما ذكر في مسألة اليمين الغموس^(٢) .

والله أعلم بالصواب . .

انتهى بحمد الله

(١) وردت لى المامش عبارة « والذنب إما يرتفع فى القتل الخطأ دون العمد ، فلا تجب الكفارة فى العمد » وهى بخط غير خط المتن .

(٢) راجع فيما تقدم المسألة ٧٣ ص ١٨٤ - ١٨٧ .

وافق الفراغ من هذا الكتاب في جمادى الآخرة ليلة الثلاثاء لثلاث ليال خلون منه سنة ثلاث وسبعين وستماية والحمد لله رب العالمين .
قوبل وصحح بأصله المكتوب من أوله إلى آخره .
الورق ١٨٥ المسطرة ٢١ .

* * *

تم بعون الله وتوقيقه نسخه ومراجعته والتقديم له وتحقيقه والتعليق عليه وتصحيح تجاربه على مدى ستين من العمل الجاد المتصل ابتغاء خدمة الفقه الإسلامي رجاء رضوان الله ومغفرته .

والى أشكر مطبعة المختار : صاحبها ومديرها وعمالها على ما بذلوا من جهد في سبيل إخراج هذا الكتاب على هذا الوجه من الإتقان .

والله المستعمل أن يوفقنا إلى مزيد من خدمة شريعة الله وأن يجعل ذلك في ميزاننا يوم القيامة .

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه والعاملين بسته إلى يوم الدين .

الدكتور محمد زكي عبد البر

ذو القعدة ١٤١٠ هـ - مايو ١٩٩٠ م

٤١ شارع العراق - مدينة المهندسين - الجزيرة - مصر

* * *

إيضاح

(١) في ص ٨٥ (١/٣١ من المخطوطة) في المتن (س ٥ من أسفل) :
« وجدت المرأة زوجها عتيماً أو مجنوناً » - في الأصل : « عتيماً أو مجنوناً » والصحيح
ما أثبتناه في المتن .

انظر : رأس المسألة ٣٦ ص ٨٤ . وكذا ص ٨٦ (٢/٣١ من المخطوطة) س ٧
من أسفل . وراجع السمرقندي ، التحفة ، ٢ : ٣٣٥ . والظاهر أنه خطأ من الناسخ
إذ جعل النقطتين في الكلمة الثانية من فوق بدلاً من أن تكوناً من تحت .

(٢) في ص ١١٧ (آخر ١/٤٢ من المخطوطة) في المتن (س ٣ من أسفل) :
في الأصل كذا : « بما روى عمرو بن شبيب عن ابنه عن نجه ... » والصحيح ما
أثبتناه - راجع الهامش ٢ من الصفحة نفسها .

مراجع التحقيق

نورد فيما يلي بياناً بما تكرر الرجوع إليه من مراجع في التحقيق ، مرتبة حسب الموضوع ، ثم حسب وفاة المؤلف .

القرآن الكريم وتفسيره :

- القرآن الكريم .

- ابن كثير (٧٧٤ هـ) - « تفسير القرآن العظيم » . دار الأندلس - بيروت .

- الشوكاني (١٢٥٠ هـ) - « فتح القدير » - دار الفكر - مصر .

في الحديث :

- ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) - « بلوغ المرام من أدلة الأحكام » . حقق .

أصوله وعلق عليه رضوان محمد رضوان . دار الكتاب العربي - مصر .

- الصنعاني (محمد بن إسماعيل الكحلاني - ١١٨٢ هـ) « سبل السلام » شرح

« بلوغ المرام » المتقدم ذكره . دار إحياء التراث العربي - بيروت ، لبنان . وطبعة

دار الجبل - بيروت - لبنان

في أصول الفقه :

- السمرقندي (علاء الدين - ٥٣٩ هـ) - « ميزان الأصول في نتائج العقول -

المختصر » . تحقيقنا ونشرنا - الطبعة الأولى . مطابع الدوحة الحديثة - قطر .

١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

في الفقه :

- السمرقندي (علاء الدين - ٥٣٩ هـ) - « تحفة الفقهاء » تحقيقنا ونشرنا .

الطبعة الأولى . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٧ - ١٣٨٧ هـ . ١٩٥٨ -

(طبعة الخلاف في الفقه - م ٣٣)

- ١٩٥٩ م . في ثلاثة أجزاء . والطبعة الثانية ، مصورة عن الأولى . إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر . ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .
- الكاساني (علاء الدين - ٥٨٧ هـ) - « بدائع الصنائع » الطبعة الأولى . مصر . ١٣٢٨ هـ - ١٩١٠ م .
- المرغيناني (٥٩٣ هـ) - « البداية والهداية » . ومعها شرحها : البابرني (٧٨٦ هـ) - « العناية » . وابن الحمام (٨٦١ هـ) « فطح القدير » . المطبعة الأممية . الطبعة الأولى . ١٣١٦ هـ .
- الزيلعي (٧٤٣ هـ) - « تبيين الحقائق » شرح « كنز الدقائق » للنسفي (٧١٠ هـ) والشلبي (حوالى ١٠٠٠ هـ) عليه .
- ابن نجيم (٩٧٠ هـ) - « البحر الرائق » شرح « كنز الدقائق » للنسفي (٧١٠ هـ) طبع مصر . ١٣٣٤ هـ .
- ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) - « رد المختار » على « الدر المختار » للحصكفي (١٠٨٨ هـ) . شرح « تنوير الأبصار » للتمرتاشي (١٠٠٤ هـ) . المطبعة الأممية ١٢٧١ هـ .
- مجلة الأحكام العدلية .
- مرشد الحيوان - محمد قدرى باشا . الطبعة الثالثة . المطبعة الأممية بمصر . ١٩٠٩ هـ .
- أحمد إبراهيم (أستاذنا) . « طرق القضاء في الشريعة الإسلامية » . القاهرة . ١٣٤٧ هـ - ١٩٢٨ م . المطبعة السلفية .
- علي الخفيف (أستاذنا) - « أحكام المعاملات الشرعية » . البحرين . الناشر بنك البركة الإسلامي .

في السيرة النبوية :

- محمد أبو زهرة (أستاذنا) - « خاتم النبيين ﷺ » في مجلدين - طبع قطر . ١٣٩٩ - ١٤٠٠ هـ .

في التراجم :

- ابن عبد البر (أبو عمر يوسف - ٤٦٣ هـ) - « الاشتيعاب في معرفة الأصحاب » .

في اللغة :

- « مختار الصحاح » . لـحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي . مكتبة المؤيد بالطائف . ١٣٩٠ هـ - ١٩٧١ م .
- « المعجم الوسيط » مجمع اللغة العربية . الطبعة الثانية . مصر . في مجلدين ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م .
- « المعجم الوجيز » مجمع اللغة العربية . الطبعة الأولى . مصر ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

مع ملاحظة أنما كنا نرجع إلى طبعات أخرى أحيانا حسب الظروف .

وافقه الموفق

الفهرست

ص - ص

في المقدمة الترقيم من أسفل . وفي الكتاب الترقيم من أعلى .

١٣ - ٧

تقديم

المقدمة - ١ - المؤلف - ٢ - الكتاب وصور من المخطوطة -

٥٧ - ١٥

٣ - منهجنا في النشر - ٤ - منهج المناظرة - ترتيب الكتاب

طريقة الخلاف في الفقه

٢

ملاحظة هامة

١ - كتاب الطهارة

١ - مسألة : الخارج النجس من بدن آدمي ، من أي موضع كان ،

٧ - ٣

يوجب انتقاض الطهارة . وعنده من السبيلين

٩ - ٧

٢ - مسألة : النية والترتيب في الوضوء لهما بشرط . وعنده شرط

١١ - ١٠

٣ مسألة : إزالة النجاسة الحقيقية بما سوى الماء

٢ - كتاب الزكاة

١٤ - ١٢

٤ - مسألة : الزكاة واجبة في الحل . ولا تجب عنده

١٧ - ١٥

٥ - مسألة : لا تجب الزكاة في المال الضمار . وعنده تجب

١٩ - ١٧

٦ - مسألة : المستفاد من جنس النصاب يضم إلى ما عنده

٧ - مسألة : أثمان الإبل المزكاة لا تضم إلى ما عنده من النصاب في

٢١ - ١٩

حكم الحل

٢٣ - ٢١

٨ - مسألة : مال المدينون بقدر الدين لا ينقذ سببا لوجوب الزكاة

٢٥ - ٢٣

٩ - مسألة : من عليه الزكاة إذا فرط في أداء الزكاة

- ٤٧ - مسألة : عدد الطلاق مخير يرق النساء وحرمتين ١١٦ - ١١٣
- ٤٨ - مسألة : تعليق الطلاق والحق بالملك جائز ١١٩ - ١١٦
- ٤٩ - مسألة : الكتابات كلها بوائن إلا قوله : اعتدى - واستبوى وحك ١٢٠ - ١١٩
- ٥٠ - مسألة : الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ١٢٣ - ١٢١
- ٥١ - مسألة : إذا طلق امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً ١٢٦ - ١٢٣
- ٥٢ - مسألة : إذا قال لأمرأته قبل أن يدخل بها : إن دخلت الدار فأنت طالق ١٢٨ - ١٢٦
- ٥٣ - مسألة : إذا قال لأمرأته : أنا منك طابق ، لا يقع الطلاق ١٢٩ - ١٢٨
- ٥٤ - مسألة : ظهور الذمي لا يصح حتى لا يحرم الوطء أصلاً ١٣٢ - ١٣٠
- ٥٥ - مسألة : المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة ١٣٤ - ١٣٢
- ٥٦ - مسألة : إذا قال الرجل لأمرأته : طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً ١٣٦ - ١٣٤
- ٥٧ - مسألة : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : المحدثه عن طلاق رجعي إذا كانت أيام حيضها دون المشقة ١٣٩ - ١٣٦
- ٥٨ - مسألة : العنتان تتداخلان ١٤١ - ١٣٩
- ٥٩ - مسألة : الأقراء الحيض دون الأظهار ١٤٣ - ١٤١

٦ - كتاب العتاق

- ٦٠ - مسألة : من ملك فاحرم منه ، يحتق عليه ١٤٦ - ١٤٤
- ٦١ - مسألة : إذا قال الرجل لعهده : هذا ابني ١٤٨ - ١٤٦
- ٦٢ - مسألة : صريح الطلاق وكتايباته لا يقع به الحق وإن نوى ١٥٠ - ١٤٨
- ٦٣ - مسألة : إذا قال لأخته : أول ولد تلديه فهو حر ١٥٣ - ١٥٠
- ٦٤ - مسألة : إذا قال لعهده : إن أدبت لي ألفاً فأنت حر ١٥٤ - ١٥٣
- ٦٥ - مسألة : الوطء في الحق المبهم لا يكون بياناً للتحق في غير الموطوعة ١٥٨ - ١٥٥

ص - ص

- ٦٦ - مسألة : الإحراق حرجاً ١٥٨ - ١٦٧
 ٦٧ - مسألة : الحق لا يحجز ١٦٨ - ١٧٠
 ٦٧ مكرراً - مسألة : إذا اشترى أباه نادياً عن كفارة يمينه أجره ١٧٠ - ١٧٢
 ٦٨ - مسألة : الشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد ١٧٢ - ١٧٤
 ٦٩ - مسألة : رجلان اشترى عبداً هو قهرّب أحدهما حتى عتق نصيبه ١٧٤ - ١٧٦
 ٧٠ - مسألة : المكاتب إذا مات عن رضاء ، لا يفسخ عقد الكتابة ١٧٦ - ١٧٨
 ٧١ - مسألة : بيع المذبر المطلق لا يجوز ١٧٨ - ١٨٠

٧ - كتاب الأيمان

- ٧٢ - إذا قال الرجل : لله عليّ أن أذبح ولدى أو أحرره ١٨١ - ١٨٤
 ٧٣ - مسألة : اليمين الغموس لا توجب الكفارة ١٨٤ - ١٨٧
 ٧٤ - مسألة : التكفير قبل الحنث لا يجوز ١٨٧ - ١٩٠
 ٧٥ - مسألة : إذا أعتق ربة كافرة عن كفارة اليمين أو الظهار بجزءه ١٩٠ - ١٩٣
 ٧٦ - مسألة : إذا أعتق المكاتب عن كفارة يمينه بجزءه ١٩٣ - ١٩٥
 ٧٧ - مسألة : إذا اشترى أباه عن كفارة إبطاره بجزءه ١٩٥ - ١٩٧
 ٧٨ - مسألة : إذا قال الرجل لغوي : أعتق عبدك عني على ألف درهم ١٩٧ - ١٩٨

٨ - كتاب الحدود

- ٧٩ - مسألة : الإسلام من شرائط الإحصان ١٩٩ - ٢٠١
 ٨٠ - مسألة : اللواط لا توجب الحد . ٢٠١ - ٢٠٣
 ٨١ - مسألة : المجلد مع النفي لا يجتمعان في زنا البهكار ٢٠٣ - ٢٠٥

ص - ص

- ٨٢ - مسألة : إذا تزوج بمحاربه ودخل بها
٢٠٧ - ٢٠٧
٨٣ - مسألة : إذا استأجر امرأة ليزنى بها فزنى بها
٢١٠ - ٢١٠
٨٤ - مسألة : العاقلة البالغة إذا مكنت نفسها من صبي أو مجنون
٢١١ - ٢١١
٨٥ - مسألة : المولى لا يملك إقامة الحدود على مملوكه
٢١٢ - ٢١٢
٨٦ - مسألة : الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بالإقرار ...
٢١٤ - ٢١٤
٨٧ - مسألة : الإحصان يثبت بشهادة رجل وامرأتين
٢١٧ - ٢١٧
٨٨ - مسألة : حد القذف لا يورث ولا يسقط بإسقاطه
٢١٩ - ٢٢٢

٩ - كتاب السرقة

- ٨٩ - مسألة : القطع مع الضمان لا يجتمعان
٢٢٣ - ٢٢٤
٩٠ - مسألة : لا قطع على النباش
٢٢٤ - ٢٢٦
٩١ - مسألة : السارق لا يؤذى على أطرافه الأربعة
٢٢٧ - ٢٢٩
٩٢ - مسألة : السارق إذا ملك للمسروق بعد القضاء ، قبل الاستيفاء
٢٢٩ - ٢٣٢
٩٣ - مسألة : السارق من المودع والمستعير .. اعط
٢٣٢ - ٢٣٣

١٠ - كتاب الصبر

- ٩٤ - مسألة : قسمة الغنائم في دار الحرب لا يجوز
٢٣٤ - ٢٣٦
٩٥ - مسألة : قال الخنفية : خمس الغنمية يقسم على ثلاثة أسهم
٢٣٦ - ٢٣٩
٩٦ - مسألة : الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين
٢٣٩ - ٢٤١
٩٧ - مسألة : الحرب إذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا
٢٤١ - ٢٤٢
٩٨ - مسألة : العبد الآبق إلى دار الحرب
٢٤٢ - ٢٤٤
٩٩ - مسألة : الغازي إذا جاوز الدرب فارصاً
٢٤٤ - ٢٤٦

ص - ص

- ٢٤٩ - ٢٤٧ مسألة : المرتدة لا يباح قتلها
٢٥٠ - ٢٤٩ مسألة : الجارية تسقط بالموت والإسلام
٢٥٢ - ٢٥١ مسألة : أمان العبد المحجور عن القتال لا يصح
٢٥٤ - ٢٥٣ مسألة : إسلام الصبي العقل لا يصح

١١ - كتاب الغصب

- ٢٥٧ - ٢٥٥ مسألة : زوائد الغصب أمانة
٢٥٧ مسألة : الزوائد المتصلة لا تضمن بالبيع والتسليم
٢٥٩ - ٢٥٧ مسألة : الدور والمقار لا تضمن بالغصب
٢٦٠ - ٢٥٩ مسألة : المنافع لا تضمن بالغصب
٢٦٢ - ٢٦٠ مسألة : المضمرات تملك بالغصب عند أداء الضمان
٢٦٤ - ٢٦٣ مسألة : نقصان الولادة يتجبر بالولد
٢٦٦ - ٢٦٤ مسألة : إذا غصب حفضه وطحنها أو زرعها
٢٦٩ - ٢٦٧ مسألة : إذا غصب ساجدة وأدخلها في بنائه
٢٧٠ - ٢٦٩ مسألة : للمسلم إذا أنلف محر الممى أو محتزره

١٢ - كتاب الوديعة

- ٢٧٢ - ٢٧١ مسألة : المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق
٢٧٤ - ٢٧٢ مسألة : إذا أودع عند صبي محجور عليه مالا أو عند عبد
٢٧٦ - ٢٧٤ مسألة : المودع إذا سافر بمال الوديعة في طريق آمن

١٣ - العارية

- ٢٧٩ - ٢٧٧ مسألة : إذا هلك المستعار في يد المستعير

ص - ص

١٤ - كتاب الصيد

- ١١٧ - مسألة : متروك التسمية عامداً عند الذبح لا يهل أكله
٢٨٣ - ٢٨٠
١١٨ - مسألة : الجنين لا يهلكى بلكاة الأم
٢٨٣ - ٢٨٥
١١٩ - مسألة : لحم الحبل مكروه كراهة تحريم
٢٨٥ - ٢٨٧

[١٤ - مكرراً - الأضحية]

- ١٢٠ - مسألة : الأضحية واجبة على الأغنياء البالغين المقيمين
٢٨٨ - ٢٩٠

١٥ - كتاب الهبة

- ١٢١ - مسألة : هبة المشاع فيها تحتمل القسمة لا تم
٢٩١ - ٢٩٤
١٢٢ - مسألة : الهبة من الأجنبية لا تقع لازمة
٢٩٤ - ٢٩٧

١٦ - كتاب البيوع

- ١٢٣ - مسألة : البيع الفاسد يفيد الملك عند القبض
٢٩٨ - ٣٠٠
١٢٤ - مسألة : إذا باع قفيز نجس بفقيرى جصى
٣٠٠ - ٣٠٢
١٢٥ - مسألة : التقاضى فى بيع الطعام بالطعام ليس بشرط
٣٠٢ - ٣٠٤
١٢٦ - مسألة : إذا باع درهماً وديناراً بدرهمين ودينارين
٣٠٤ - ٣٠٦
١٢٧ - مسألة : بيع الرطب بالتمر متساوياً كَيْلاً
٣٠٦ - ٣٠٩
١٢٨ - مسألة : إذا باع قلساً ورائجاً بفلسين ورائجين
٣٠٩ - ٣١١
١٢٩ - مسألة : بيع لحم الشاة بالشاة يجوز مطلقاً
٣١١ - ٣١٢
١٣٠ - مسألة : شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن
٣١٢ - ٣١٤
١٣١ - مسألة : الزوائد المنفصلة من المبيع المتولدة بعد القبض
٣١٥ - ٣١٧

ص - ص

- ١٣٢ - مسألة : الزيادة في الثمن والخمن تصح وتلتحق بأصل العقد
٣١٧ - ٣٢٠
١٣٣ - مسألة : إذا اشترى شيئاً لم يره
٣٢٠ - ٣٢٢
١٣٤ - مسألة : الكافر إذا اشترى عهداً مسلماً
٣٢٢ - ٣٢٤
١٣٥ - مسألة : بيع لبن الآدميات الحارر والإماء
٣٢٤ - ٣٢٦
١٣٦ - مسألة : بيع العقار المبيع قبل القبض
٣٢٦ - ٣٢٧
١٣٧ - مسألة : كل عقد له مجز حال وقوعه ...
٣٢٧ - ٣٣٠
١٣٨ - مسألة : المشتري من الفاسب إذا أعطى العهد المشتري
٣٣٠ - ٣٣٢
١٣٩ - مسألة : خيار الشرط لا يورث
٣٣٢ - ٣٣٤
١٤٠ - مسألة : رجلان اشترى شيئاً على أنهما بالخيار ثلاثة أيام
٣٣٤ - ٣٣٦
١٤١ - مسألة : المشتري إذا أنلس بعد قبض المبيع
٣٣٦ - ٣٣٨
١٤٢ - مسألة : وطء الثيب يمنع الرد بالعيب
٣٣٩ - ٣٤١
١٤٣ - مسألة : إذا باع نفس العهد منه نجابة أو أعطى عبده على نجابة
٣٤١ - ٣٤٣
١٤٤ - مسألة : سَلَمَ الخال بغير الأجل لا يجوز
٣٤٣ - ٣٤٦
١٤٥ - مسألة : إذا أسلم في المنقطع في غير حينه وجعل الأجل في حينه
٣٤٦ - ٣٤٧
١٤٦ - مسألة : السلم في الحيوان لا يجوز
٣٤٧ - ٣٤٩
١٤٧ - مسألة : إذا اختطف المتبايعان في مقدار الثمن
٣٤٩ - ٣٥١
١٤٨ - مسألة : الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بغير فاحش
٣٥١ - ٣٥٣

١٧ - كتاب الصرف

- ١٤٩ - مسألة : الدراهم والدنانير لا يضمنان في عقود المعاوضات
٣٥٤ - ٣٥٧

١٨ - كتاب الشفعة

- ١٥٠ - مسألة : حق الشفعة يثبت للجار الملازم
٣٥٨ - ٣٦١

ص - ص

٣٦٢ - ٣٦١

١٥١ - مسألة : الشفعة تستحق على عدد الورث

١٩ - كتاب الإجازات

٣٦٥ - ٣٦٣

١٥٢ - مسألة : الأجرة لا تملك بنفس العقد إلا بالتعجيل

٣٦٧ - ٣٦٥

١٥٣ - مسألة : إجازة المشاع غير صحيحة

٣٦٩ - ٣٦٧

١٥٤ - مسألة : الأجر المشترك يضمن ما جنت يده

٢٠ - كتاب الشهادات

٣٧٣ - ٣٧٠

١٥٥ - مسألة : النكاح ينعقد بحضور الفساق

٣٧٤ - ٣٧٣

١٥٦ - مسألة : شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة

٣٧٧ - ٣٧٤

١٥٧ - مسألة : المهود في القذف إذا تاب ثم شهد

٣٨٠ - ٣٧٧

١٥٨ - مسألة : شهادة أحد الزوجين لصاحبه غير مقبولة

٣٨٢ - ٣٨٠

١٥٩ - مسألة : النكاح ينعقد ويظهر بشهادة رجل وامرأتين

٣٨٩ - ٣٨٢

١٦٠ - مسألة : قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور

٢١ - كتاب الدعوى

٣٩٤ - ٣٩٠

١٦١ - مسألة : التكريل حجة يقضى بها في باب الأموال

٣٩٧ - ٣٩٥

١٦٢ - مسألة : الاستحلاف لا يجري في الأشياء الثلاثة

٤٠٠ - ٣٩٧

١٦٣ - مسألة : القضاء على الغائب وللغائب

٤٠٢ - ٤٠٠

١٦٤ - مسألة : المخرجان إذا ادعيا ملكاً مطلقاً

٤٠٥ - ٤٠٢

١٦٥ - مسألة : المخرج مع ذي اليد إذا تنازعا في الملك المطلق

٤٠٧ - ٤٠٥

١٦٦ - مسألة : الأب إذا استولد جارية ابنه

ص - ص

٢٢ - كتاب الإقرار

- ١٦٧ - مسألة : دين الصحة مقدم على دين المرض
١٦٨ - مسألة : المريض مرض الموت إذا أقر لبعض ورثته لا يصح

٢٣ - كتاب الوكالة

- ١٦٩ - مسألة : الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في مجلس القضاء
١٧٠ - مسألة : التوكيل بغير رضا الخصم لا يقع لازماً

٢٤ - كتاب الكفالة

- ١٧١ - مسألة : الكفالة بنفس من عليه الدين والأحيان المضمونة
١٧١ - مسألة : الكفالة بالدين عن ميت مفلس لا تصح

٢٥ - كتاب الحوالة

- ١٧٣ - مسألة : المحال عليه إذا مات مفلساً

٢٦ - كتاب الصلح

- ١٧٤ - مسألة : الصلح على الإنكار جائز

٢٧ - كتاب الرهن

- ١٧٥ - مسألة : الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين
١٧٦ - مسألة : رهن المشاع لا يجزئ
١٧٧ - مسألة : الراهن إذا أعتق العبد المرهون ينفذ إعتاقه

ص - ص

٢٨ - كتاب الأثرية

١٧٨ - مسألة : تحليل الخمر مباح ٤٣٩ - ٤٤٤

٢٩ - كتاب الإكراه

١٧٩ - مسألة : ملاقى المكره وعقابه ونكاحه ونذوه ويمنه صحيح نافذ ٤٤٥ - ٤٤٨

١٨٠ - مسألة : إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً ٤٤٨ - ٤٥٠

١٨١ - مسألة : قال أبو حنيفة ومحمد : إذا أكره إنساناً على قتل غيره بالسيف ... ٤٥٠ - ٤٥٢

٣٠ - كتاب الحجر

١٨٢ - مسألة : الحجر على الحر السفه باطل ٤٥٣ - ٤٥٥

٣١ - كتاب المأذون

١٨٣ - مسألة : للمأذون في النوع يكون مأذوناً في الأنواع كلها ٤٥٦ - ٤٥٨

١٨٤ - مسألة : المولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت ٤٥٨ - ٤٦١

١٨٥ - مسألة : العصى العاقل المأذون له في التجارة ٤٦٢ - ٤٦٣

١٨٦ - مسألة : رقة العبد المأذون تباع بدين التجارة ٤٦٣ - ٤٦٥

٣٢ - كتاب الجنائيات

١٨٧ - مسألة : موجب الصمد هو القصاص عيناً ٤٦٦ - ٤٦٩

١٨٨ - مسألة : شريك الأب لا يجب عليه القصاص ٤٦٩ - ٤٧١

١٨٩ - مسألة : الواحد يقتل بالجماعة قصاصاً (كفء ٤٧١ - ٤٧٦

ص - ص

- ١٩٠ - مسألة : إذا ضرب إنساناً بالسوط الصغير
٤٧٩ - ٤٧٦
- ١٩١ - مسألة : من له القصاص في الطرف إذا استولى الطرف ...
٤٨٢ - ٤٧٩
- ١٩٢ - مسألة : من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه
٤٨٤ - ٤٨٢
- القصاص
- ١٩٣ - مسألة : المشجوج رأسه أو المقطوعة يده إذا عفا عن الشجة
و القطع
- ١٩٤ - مسألة : القصاص إذا كان بين صغير وكبير
٤٨٦ - ٤٨٤
- ١٩٥ - مسألة : القتل بالقتل دقاً لا يوجب القصاص
٤٨٩ - ٤٩١
- ١٩٦ - مسألة : شهود القصاص إذا رجعوا بعد الاستيفاء
٤٩٣ - ٤٩٦
- ١٩٧ - مسألة : الجمل أو الصبي أو المجنون إذا صاب على إنسان فقتله
٤٩٦ - ٤٩٣
- ١٩٨ - مسألة : المسلم يقتل بالذمي قصاصاً
٥٠٠ - ٤٩٦
- ١٩٩ - مسألة : الحر يقتل بالعبد قصاصاً
٥٠٢ - ٥٠٠
- ٢٠٠ - مسألة : مباح الدم بأي سبب إذا التجأ إلى الحرم يصير آمناً
٥٠٥ - ٥٠٢
- ٢٠١ - مسألة : دية العبد المقتول غطاً لا يزداد على عشرة آلاف درهم
٥٠٩ - ٥٠٦
- ٢٠٢ - مسألة : القتل الممد لا يوجب الكفارة
٥١٠ - ٥٠٩
- ثبت للمراجع
٥١٥ - ٥١٣

للمحقق

(أولاً) فى التأليف

- ١ - نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى - الجزء الأول : فى الفقه الحنفى . وبه فهرست تاريخى للمراجع - الطبعة الأولى . مطبعة الفجالة الجديدة . القاهرة ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .
- ٢ - مذكرات فى الفقه الحنفى . لطلبة الصف الرابع بكلية الشريعة - جامعة دمشق . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٩ هـ - ١٩٥٩ م .
- ٣ - الحكم الشرعى والقاعدة القانونية - دار القلم بالكويت - ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . سبق نشره فى مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٤ - التصرفات والوقائع الشرعية - دار القلم بالكويت . ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . سبق نشره فى مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٥ - الربا وأكل المال بالباطل - دار القلم بالكويت . ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م . سبق نشره فى مجلة إدارة قضايا الحكومة بمصر .
- ٦ - تقنين الفقه الإسلامى - إدارة إحياء التراث الإسلامى ببلولة قطر . الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٢ م والطبعة الثانية مزودة ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م .
- ٧ - أحكام العقود الناقلة للملك فى الفقه الحنفى - دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
- ٨ - أحكام المعاملات المالية فى الفقه الحنفى - دار الثقافة ، قطر ، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م .

(ثانياً) في تحقيق مخطوطات الفقه والأصول

تحقيق ونشر المخطوطات الآتية لأول مرة :

- ١ - تحفة الفقهاء - لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) وهو أصل بدائع الصنائع للكاساني (٥٨٧ هـ) . مطبعة جامعة دمشق . ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٩ م .
في ثلاثة أجزاء . وطبع ثانياً تصويراً من الأول في قطر ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م .
- ٢ - ميزان الأصول في نتائج العقول (المختصر) - لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٩ هـ) . مطابع الدوحة الحديثة - الدوحة ، قطر ، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .
- ٣ - طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأسلاف - للشيخ الإمام محمد بن عبد الحميد الأسمندي (٥٥٢ هـ) وهو هذا .
- ٤ - أصول الفقه - لصاحب طريقة الخلاف المتقدم (تم إعداده للنشر قريباً إن شاء الله) .

(ثالثاً) البحوث والمقالات

- ١ - العقد الموقوف في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي وما يقابله في القانون المدني المصري - مجلة القانون والاقتصاد . السنة الخامسة والعشرون . العددان الأول والثاني ، مارس ويونيو سنة ١٩٥٥ م ، ص ١١٠ - ٢٠٠ .
- ٢ - كلمة في الحجر على المدين في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني العراقي - مجلة الحمامة بمصر ، السنة ٣٦ (السادسة والثلاثون - العدد التاسع ، سنة ١٩٥٥ م ، ص ١٤٣٠ - ١٤٤٩) .
- ٣ - مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثاني ، من السنة الثامنة .

- ٤ - مصطلحات القانون ومصطلحات الفقه الإسلامى واستعمال كل فى مجال الآخر - مجلة جامعة أم درمان الإسلامية بالسودان ، العدد الأول ، السنة الأولى ، سنة ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٨ م .
- ٥ - القضاء فى مصر بين الوحدة والتعدد (فى سبعة فصول وخاتمة) . الفصل الأول : من الفتح الإسلامى إلى الفتح العثمانى (عهد القضاء الإسلامى) ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، العدد الثالث من السنة التاسعة عشرة . وبقية الفصول الستة الأخرى والخاتمة تحت الطبع .
- ٦ - مصطلحات أصول الفقه وعقد البيع مع أستاذنا الجليل صاحب الفضيلة المرحوم الشيخ على الحنيف ، رحمه الله وجعل الجنة مثواه . (لمجمع اللغة العربية بمصر . ١٩٧٤ هـ - ١٩٧٥ م) . وما زالت تحت النشر لدى المجمع .
- ٧ - مصادر الحق فى الفقه الإسلامى - للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، تجربة حاسمة فى أسلوب دراسة الفقه الإسلامى ، مجلة أضواء الشريعة التى تصدرها كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض . العدد الثامن - جمادى الآخرة ، سنة ١٣٩٧ هـ .
- ٨ - منج الإسلام فى حل المنازعات بين الناس - مجلة أضواء الشريعة المتقدمة - العدد التاسع ، سنة ١٣٩٨ هـ .
- ٩ - الاسم فى الشريعة الإسلامية . حولى كلية الشريعة - جامعة قطر . ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م .
- ١٠ - علم أصول الفقه وعلم أصول القانون . حولى كلية الشريعة - جامعة قطر ، ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
- ١١ - الدين والعين فى الفقه الإسلامى ، والحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الغربى . مجلة القانون والاقتصاد . العدد الخاص بالعيد المئوى لكلية الحقوق - جامعة القاهرة - (مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٣) .

١٢ - الحوالة في الفقه الإسلامي - الباب الأول : في المذهب تالحنوى - حوية كلية الشريعة بجامعة قطر . العدد الرابع ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م ، ص ٤٤٩ - ٥٤٠ .

١٣ - الحوالة في الفقه الإسلامي - الباب الثاني : في المذاهب الثلاثة الأخرى : المالكي والشافعي والحنبلي - حوية كلية الشريعة بجامعة قطر ، العدد السادس ، ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م ، ص ٢٦١ - ٣٠٤ .

١٤ - لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وإساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي - مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة والخمسون ١٩٨٥ م . ص ١٧ - ٦٤ .

تحت النشر الآن :

١٥ - القضاء في المجتهد فيه : متى يكون نهائياً - في مجلة القانون والاقتصاد ، العدد السابع والخمسون .

١٦ - القبض في العقود المالية في الفقه الإسلامي الحنفي .

(رابعاً) في التقنين

١ - الإسهام في وضع مشروع التقنين المدنى الأردنى (القانون الصادر في ٢٣ من أيار (مايو) سنة ١٩٧٦ م ، والمنشور في الجريدة الرسمية الأردنية في عددها الصادر في الأول من آب (أغسطس) سنة ١٩٧٦ م ، والمطبق في مطلع عام ١٩٧٧ م) .

٢ - مشروع قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في الفقه الإسلامي مع مذكرة إيضاحية لكل مادة - لجنة تقنين الفقه الإسلامي بمجلس الشعب المصري ١٩٨٣ هـ - ١٩٨٤ م .

في ذكرى أستاذنا السهري رحمه الله وجعل الجنة مثواه

المتوفى في ٢٠ / ٦ / ١٩٧١

- ١ - السهري : القدوة والمثل - مقال في مجلة القضاء ، عدد سبتمبر سنة ١٩٧٣ ص ٢٨ - ٣٤ . ومجلة القضاء العراقية عدد سبتمبر سنة ١٩٧٣ .
- ٢ - أستاذنا السهري والشرعية الإسلامية (معهد الفقه الإسلامي المقارن) - مقال في مجلة « هيئة قضايا الدولة » عدد يونية سنة ١٩٨٩ .
- ٣ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي ومنهج دراسة الفقه الإسلامي - مقال منشور في مجلة « البحوث الفقهية المعاصرة » التي تصدر في الرياض بالسعودية ، العدد الثاني ، السنة الأولى ١٤١٠ هـ - ١٩٨٩ م ، ص ١٠٢ - ١٢٦ .

والحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

« ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم »

